٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الحادي عشر

إدارة القرآن المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى
سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى كاردن إيست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٠٠٩٢٢١-٧٢٢٣٦٨٨
* اردو بازار، ايم اے جناح رود كراتشى تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

كتاب الشفعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلا :

كتاب الشفعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلا :

الفصل الأول
فيما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

١٣٢٧٣-قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : الشفعة لا تجب فى المنقولات مقصودًا ، وإنما تجب تبعًا للعقار على ما يأتى بيانه فى آخر هذا الفصل ، وإنما تجب مقصودًا فى العقارات ، كالدور والكرم وغيرهما من الأراضى مما يحتمل القسمة ، أو لا يحتمل كالحمام والرحاء ، والبئر وغير ذلك ، وإنما تجب فى الأراضى التى تملك رقابها ، حتى إن الأراضى التى حازها الإمام لبيت المال ، ويدفع إلى الناس مزارعة ، فصار لهم فيها كردار كالبناء ، والأشجار ، والكيس إذا كيسوها بتراب نقلوها من موضع يملكونها ، فإن بيعت هذه الأراضى ، فبيعها باطل ، وإن بيع الكردار ، وكان معلومًا يجوز بيعه ، ولكن لا شفعة فيها ، وكذا الأراضى المسانيد إذا كانت الأكرة يزرعونها ، فبيعها لا يجوز ، وبيع الكردار إذا كان معلومًا يجوز ، ولكن لا شفعة فيها ، فى أدب القاضى للخصاف فى باب الشفعة : وإنما تجب بحق الملك ، حتى لو بيعت دارًا بجنب دار لوقف ، فلا شفعة للوقف ، ولا يأخذها المتولى .

فى "فتاوى الفقيه أبى الليث" : وكذلك إذا كانت هذه الدار وقفًا على رجل ، لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار لما قلنا ، فى "فتاوى أهل سمرقند" : قال : وإنما يجب إذا ملك العقار بعوض هو غير مال ، أما إذا ملك بغير عوض أصلا ، بأن ملك بالهبة بغير عوض ، أو بالإرث ، أو بالصدقة ، فلا شفعة ، وكذلك إذا ملك بعوض

[ليس هـو بعـين مـال](1) كـمـا إذا جـعـل الـدار مـهـرًا فى النكاح ، أو أجرة فى باب الإجارة ، أو بدل خلع ، أو صلح عن دم العمد ، فلا شفعة ، وهذا لأن حق الشفعة بخلاف القياس ؛ لأن فى الأخذ بالشفعة تملك مال الغير بغير رضاه ، عرف بالنص فى البيع ، والملك بالبيع ثبت بعوض هو عين مال ، فما وقع الملك فيه بغير عوض ، أو بعوض ليس هو عين مال يبقى على أصل القياس .

١٣٢٧٤ -وإذا تزوج امرأة بغير مهر ، وفرض لها داره مهرًا ، وقال لها : صالحتك على أن أجعلها لك مهرًا ، وقال : أعطيتك هذه الدار مهرًا ، فلا شفعة للشفيع فيها فى الفصول كلها [فرق بين هذا وبينما إذا قال لها : صالحتك من مهرك على هذه الدار ، أو قال : مما وجب لك من المهر](2) .

والفرق فى الفصول الثلاثة جعل الدار مهرًا ابتداء لا بدلا عن المهر ، فإنه قال : فوضتك دارى هذه مهرًا ، جعلتك دارى هذه مهرًا ، ولم يقل : جعلتك دارى بدلا عن مهرك ، وقد أمكن أن يجعل الدار مهرًا مبتدأ ، لأنه لم يكن فى النكاح تسمية ، وإنما وجدت التسمية الآن ، وإذا صار الدار مهرًا مبتدأ ، يكون بدلا عن البضع ، وأنه ليس بعين مال ، فلا تجب فيه الشفعة ، كما لو تزوجها ابتداء على الدار ، أما فى الفصلين جعل الدار بدلا عن المهر نصا ، والمهر عين مال ، فصارت الدار مملوكة بما هو عين مال ، فيجب للشفيع فيها الشفعة ، وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى ، ثم باعها بذلك المهر دارًا ، يجب للشفيع فيها الشفعة ، وكذلك إذا تزوجها على غير مهر ، وفرض لها القاضى مهرًا ، ثم باعها دارًا بذلك المهر المفروض ، يجب للشفيع فيها الشفعة ؛ لأن الدار فى هذين الفصلين بدل عن المهر ، لا عن منافع البضع .

١٣٢٧٥ -رجل تزوج امرأة ، ولم يسم لها مهرًا ، ثم دفع إليها دارًا ، فهو على وجهين : إن قال الزوج : جعلتها مهرك ، فلا شفعة فيها ؛ لأن هذا تعيين(3) بمهر المثل ، ولا

---

(١) هكذا فى "ف" ، وكان فى "م" : بعوض هو ليس بمعين مال ، وفى "ظ" : بعوض هو ليس بمال ، وكان فى الأصل : هو غير مال .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) وفى "ف" : لأن هذا تقدير المهر المثل ، ولا شفعة إلخ .

شفعة فى المهور، وإن قال: جعلتها بمهرك، ففيها الشفعة؛ لأن هذا عوض عن مهر المثل، فكانت مبيعًا.

فى "الفتاوى": قال: وإذا ملكت الدار بدلا عما هو عين مال، وما ليس بمال، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا شفعة للشفيع أصلا، وعلى قولهما يجب الشفعة فى حصة المال من الدراهم. صورته: إذا تزوج امرأة على دار على إن ردت عليه المرأة ألف درهم، أو صالح عن القصاص على دار على أن يرد صاحب الدار[1] عليه ألف درهم، أو خالع امرأته على دار على أن يرد الزوج عليها ألف درهم، وإذا وهب دار من إنسان بشرط أن يعوضه منها كذا وكذا، فلا شفعة فيها للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد ما تقابضا، ففيها الشفعة، وهذا لما عرف فى كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء، وتصير بيعًا بعد اتصال القبض بالبدلين، فقبل اتصال القبض بالبدلين هى هبة، ولا شفعة فى الهبة، وبعد اتصال القبض بالبدلين هو بيع، وفى البيع الشفعة.

١٣٢٧٦-وإذا وهب شقصا مسمى فى دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا وكذا، فهو باطل، ولا شفعة للشفيع فيه لما ذكرنا أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء، والهبة فى مشاع يحتمل القسمة لا يجوز، فانعقدت الهبة بصفة الفساد فى الابتداء، والتمام بناء على الابتداء، فيكون التمام بيعًا فاسدًا، والجواب فى الصدقة والنحلى والعمرى والعطية نظير الجواب فى الهبة؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ الهبة، والعقد لا يختلف باختلاف الألفاظ، وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له، ثم مات الموصى له، ثم مات الموصى، فإنه يجب الشفعة وإن لم يقبضها الموصى له، بخلاف الهبة.

١٣٢٧٧-ثم قال فى "الكتاب" إذا قال: أوصيت بدارى بيعًا لفلان بألف درهم، ومات الموصى، فقال الموصى له: قبلت، تثبت للشفيع الشفعة، وإن قال: أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم، فهو مثل الهبة بشرط العوض بنفسه، وإذا ادعى حقًا على إنسان، وصالحه المدعى عليه على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، سواء كان الصلح عن إقرار، أو إنكار؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعى، وفى زعم المدعى أنه

---

(١) وفى "ظ" و "ف": الدراهم مكان الدار.

ملك هذه الدار عوضا عما هو عين، فبنى الأمر على زعمه وبمثله لو ادعى دارًا فى يدى رجل، وصالحه المدعى قبله على أن يعطيه المدعى قبله دراهم، ويترك الدار على المدعى قبله، ينظر إن كان الصلح على إقرار المدعى قبله، فللشفيع الشفعة، وإن كان الصلح على إنكار، فلا شفعة للشفيع؛ لأن التملك بالشفعة ههنا يقع على المدعى قبله، فإذا كان الصلح على إقراره، ففى زعمه أنه يملك الدار بعوض، فهو عين مال، وإذا كان الصلح على إنكار، ففى زعمه أنه ما يملك الدار بعوض أصلا، وإنما دفع الدراهم فداءً عن اليمين، فإذا فى الفصول كلها يعتبر زعم من يقع التمليك عليه.

دار بين ثلاثة نفر مثلا، جاء رجل وادعى لنفسه فيها دعوى، فصالحه أحد شركاء الدار على مال على أن يكون نصيب المدعى لهذا المصالح خاصة، فطلب الشريكان الآخران الشفعة، فإن كان الصلح عن إقرار شركاء الدار بأن أقرّ شركاء الدار بما ادعاه المدعى، وصالح مع المدعى، وأخذ منهم على أن يكون نصيب المدعى له خاصة، كان لهم الشفعة فى ذلك، وإن كان الصلح على إنكار الشركاء، فلا شفعة، وهو بناء على ما قلنا، وإن كان المصالح مقرّا بحق المدعى، وأنكر الشريكان الآخران حقه، فالقاضى يسأل الشريك المصالح البينة على ما ادعاه المدعى؛ لأن شريك المصالح صار مشتريًا نصيب المدعى من الدار، ونصيب المدعى بعضه فى يد المشترى، وبعضه فى يد الشريكين الآخرين، وهما ينكران ملكه، وحقه، ومن اشترى شيئًا من رجل، وذلك الشىء فى يد غشر الباءه، وصاحب اليد[1] ينكر ملكية البائع، فإنه لا يسلم المشترى للمشترى حتى يثبت ملكية البائع بالبينة، كذا هنا، وإذا أقام البينة على ما ادعاه المدعى، قبلت بينته؛ لأنه مشترٍ أثبت ملكية بائعه فيما اشترى حتى يصح شراءه، وإذا قبلت بينته، صار الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الشركاء، وهناك للشريكين الآخرين حق الشفعة، فههنا كذلك، أكثر ما فيه أن فى زعم الشريكين الآخرين أنه لا شفعة لهما، إلا أنهما كذبا فى زعمهما؛ لما قضى القاضى بالملك للمدعى، فالتحق زعمهما بالعدم.

١٣٢٧٨- وإذا ادعى حقّا فى دار، وصالح المدعى عليه على سكنى دار أخرى، فلا شفعة للشفيع فى الدار التى وقع الصلح عنها؛ لأنها ملكه بعوض هو ليس بعين مال،

---

(١) وفى "ف": وصاحب الدار.

وإذا اشترى دارًا على أن المشترى فيها بالخيار ثلاثة أيام، فللشفيع الشفعة فى قولهم جميعا، وإن لم تصر الدار مملوكة للمشترى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن حق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع، لاثبوت حق المشترى، ألا ترى أن للشفيع أن يتملك الدار على البائع، ولا يتملك على المشترى، فيراعى زوال ملك البائع، وملك البائع ههنا زال بالإجماع، وعن هذا قلنا: أن من أقر ببيع داره من رجل، وأنكر المشترى، كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة، وذكر القدورى فى "شرحه"، وروى عن أبى حنيفة: لا شفعة للشفيع مع شرط الخيار للمشترى.

١٣٢٧٩-وفى "القدورى": أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت حق الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع، وإن كان المشترى شرط الخيار لنفسه شهرًا، أو ما أشبه ذلك، فلا شفعة للشفيع عند أبى حنيفة؛ لأن الشراء بشرط الخيار زيادة على ثلاثة أيام فاسد عنده، ولا شفعة فى الشراء الفاسد على ما نبين، فإن أبطل المشترى خياره قبل مضى ثلاثة أيام، حتى انقلب البيع صحيحًا للشفيع الشفعة، وإن كان الخيار لبائع الدار، فلا شفعة للشفيع فى قولهم جميعًا، حتى يتم البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فيمنع ثبوت حق الشفعة، وإن كان الخيار لهما يعنى للبائع والمشترى، فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع، لالأجل خيار المشترى.

١٣٢٨٠-وإذا اشترى دارًا بعبد بعينه، أو بعرض بعينه، وشرط فيه الخيار لأحدهما، إن شرط الخيار لبائع الدار، فلا شفعة للشفيع قبل تمام البيع، سواء شرط الخيار فى الدار أو فى العبد، إن شرط الخيار فى الدار فظاهر، وإن شرط الخيار فى العبد فلأن بائع الدار مشترى للعبد، وثمنه الدار، وخيار المشترى يمنع زوال الثمن عن ملك المشترى بالإجماع ان اختلفوا أنه هل يمنع دخول المشترى فى ملك المشترى، فلم يزل الدار عن ملك البائع بلا خلاف، فكيف يثبت للشفيع حق الشفعة، وإن كان الخيار لمشترى الدار، فإنه يثبت للشفيع الشفعة قبل أن يجبز البيع، سواء شرط له الخيار فى الدار أو شرط له الخيار فى العبد، إن شرط له الخيار فى الدار فلأن هذا خيار مشترى الدار، وخيار مشترى الدار لا يمنع وجوب الشفعة فى الدار، وإن شرط الخيار فى العبد، فلأن مشترى الدار بائع للعبد، والثمن هو الدار، وخيار البائع فى المبيع لايمنع زوال الثمن عن ملك المشترى، فزوال الدار عن ملك مشتريه، فثبت للشفيع حق الشفعة فيها، وإن كان

الخيار لهما، يعنى لبائع الدار ومشتريها، فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع، على نحو ما بينا.

١٣٢٨١-إذا اشترى الرجل من آخر دارًا على أن المشترى فيها بالخيار ثلاثة أيام، فبيعت دار إلى جنبها، فللمشترى الشفعة بالإجماع، أما على قولهما: فظاهر، وأما على قول أبى حنيفة: فلأنه وإن لم يكن مالكًا للدار المشتراة وقت بيع هذه الدار، إلا أن له فيها حق الملك، ألا ترى أن للمشترى أن يتملكها إذا كان الخيار له، وحق الملك يكفى لثبوت حق الشفعة، ألا ترى أن المكاتب يستحق الشفعة، والثابت له حق الملك، وإذا أخذ المشترى الدار المبيعة بالشفعة، سقط خياره؛ لأنه لو لم يسقط خياره بذلك، فإذا فسخ العقد ينفسخ فى حقه من الأصل، فتبين أنه أخذها بالشفعة بغير حق، فلتحرز عن ذلك قلنا: بأن يسقط خياره، وإذا حضر الشفيع بعد ذلك، أخذ الدار الأولى بالشفعة، ولا شفعة له فى الدار الثانية؛ لأن الشفيع إنما صار جارًا للدار الثانية بعد أخذه الدار الأولى، وشاء الدار الثانية كان قبل أخذه الدار الأولى، ولو كان الخيار لبائع الدار، فبيعت دارًا بجنب الدار المبيعة، فللبائع فيها حق الشفعة؛ لأن ملك البائع قائم وقت شراء هذه الدار، فإذا أخذها كان هذا منه نقضًا للبيع، وإذا شرط الخيار للشفيع، فإن كان البائع هو الذى شرط له ذلك، فأمضى البيع، فلا شفعة له، وإن كان المشترى هو الذى شرط له ذلك، فله الشفعة؛ لأنه قام مقام الشارط فى إتمام العقد، ولو كان البائع شفيع الدار، فلا شفعة له، ولو كان المشترى شفيع الدار، فله الشفعة، فالأصل أن من باع أو بيع له بأن كان البيع بحق الوكالة، فله الشفعة [لا لموكله، ومن اشترى أو اشترى له بأن كان الشراء بحق الوكالة، فله الشفعة، و][1] ولموكله.

فى "شرح القدورى" و فى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل اشترى دارًا، وشرط الخيار للشفيع ثلاثًا، قال: إن قال الشفيع: أمضيت البيع على أن آخذ بالشفعة فهو على شفعته، وإن لم يذكر أخذ الشفعة، فلا شفعة له.

١٣٢٨٢-رجل توكل عن غيره بشراء دار، وهو شفيعها، يثبت له الشفعة، ويطلب من الموكل، علل الصدر الشهيد، فقال: لأن الوكيل لم يملك بالشراء، وفيه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نظر، وعن أبى نصر أنه كان يقول: وليس هذا لمن يشترى لنفسه؛ لأن الوكيل اشترى لغيره، قال: ولو أقام أحد الوكيلين مقام الموكل فى هذا الشراء، لا يبعد، ولكن الطريق الأول أعجب إلى، ولا شفعة فى الشراء الفاسد، سواء كان المشترى مما يملك بالقبض، أو لا يملك، وسواء كان المشترى قبض المشترى، أو لم يقبض، فلبقاء ملك البائع، وإن قبض، فلبقاء حقه فى الاسترداد، وهذا إذا وقع البيع فاسدًا، أما إذا فسد بعد انعقاده صحيحًا، فحق الشفيع يبقى على حاله، ألا يرى أن النصرانى إذا اشترى من نصرانى داره بخمر، فلم يتقابضا حتى أسلما، أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار، ولم يقبض الخمر، فإن البيع يفسد على ما عرف فى كتاب البيوع، وللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وإن فسد البيع؛ لأنه إنما فسد بعد وقوعه صحيحًا، فإن كان المشترى قبض المشتراة شراء فاسدًا، وبيعت دار أخرى بجنب هذه الدار، فله الشفعة؛ لأن له جوارًا قائمًا بحقيقة الملك من وقت الشراء، فإن لم يأخذ الدار الثانية بالشفعة حتى استرد البائع منه ما اشترى، لم يكن للمشترى أن يأخذها بالشفعة؛ لأن جواره زال قبل الأخذ، وكذا لا يكون للبائع أن يأخذها لأن جواره حادث، وإن كان المشترى أخذ الدار بالشفعة، ثم اشترى البائع منه ما اشترى، فالأخذ ما مضى.

١٣٢٨٣-وإذا اشترى دارًا شراء فاسدًا، وبنى فيها بناء، أو غرس فيها أشجارًا، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الدار، وهذا قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شفعة للشفيع، وهذا بناء على أصل مختلف معروف فى كتاب البيوع [أن حق البائع فى الاسترداد ينقطع بالبناء وغرس الأشجار عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، عندهما لا ينقطع، والمسألة معروفة فى كتاب البيوع][1]، وإذا انقطع حق البائع بالبناء عند أبى حنيفة، زال المانع من وجوب الشفعة، فيأخذها الشفيع بقيمتها، وينقض بناء المشترى لحق الشفيع.

١٣٢٨٤-قال فى "القدورى": فإن باع المشترى ما اشتراه شراء فاسدًا بيعًا صحيحًا من رجل لم يكن للبائع نقض البيع، والشفيع بالخيار، إن شاء أخذ بالبيع الثانى بالثمن المذكور فيه، وإن شاء نقض البيع الثانى، وأخذه بالبيع الأول بقيمته؛ لأنه اجتمع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سببان، فكان له أن يأخذ بأيهما شاء.

فإن قيل: إذا نقض البيع الثانى صار كأن لم يكن، فيعود حق البائع فى البعض، فلا يكون للشفيع الشفعة، كما قبل البيع الثانى؟

قلنا: البيع الثانى ينتقض بحق الشفيع مقتضى تملكه المشترى بالشفعة بالبيع السابق، فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفيع.

١٣٢٨٥-إذا أوصى لرجل بدار، ولم يملك الدار وقت البيع، فلم يتحقق السبب، وإن مات الموصى له قبل أن يعلم بالوصية، ثم بيعت دارًا بجنبها، ثم قبل الوصية، وادعى الشفعة، فلا شفعة له؛ لم يملك الدار وقت البيع، فلم يتحقق السبب، وإن مات مات الموصى له قبل أن يعلم بالوصية، ثم بيعت دارًا بجنبها، فادعى الورثة شفعتها، فلهم ذلك؛ لأن موت الموصى له بمنزلة قبوله، والمسألة معروفة فى الوصايا، إذا بيع سفل عقار دون علوه، أو بيع علوه دون سفله، أو بيعًا معًا، وجبت الشفعة.

١٣٢٨٦-وفى "الزيادات": سفل لرجل وفوقه علولرجل آخر، فباع صاحب السفل سفله، فلصاحب العلوالشفعة، وإن باع صاحب العلوعلوه، فلصاحب السفل الشفعة، فبعد ذلك إن كان طريق العلو فى السفل، كان حق الشفعة بسبب الشركة فى الطريق، وإن كان طريق العلو فى السفل، كان حق الشفعة بسبب الجوار، إذ الجوار إنما يثبت بالاتصال، والاتصال بين الملكين ثابت، فإن لم يأخذ صاحب العلوالسفل بالشفعة حتى انهدم العلو، فعلى قول أبى يوسف: تبطل شفعته، وعلى قول محمد: لا تبطل، وجه قول أبى يوسف: إن الشفعة ههنا إنما تثبت بالجوار، والجوار إنما يعرف بالاتصال، وقد زال الاتصال قبل الأخذ بالشفعة، فزال الجوار، فبطل شفعته، كما لو باع الدار التى يستحق بها الشفعة قبل الأخذ بالشفعة، وجه قول محمد: إن استحقاق الشفعة[1] ههنا بسبب قرار البناء، لا بسبب عين البناء، لأن البناء منقول، والشفعة لا تستحق بالمنقول، وحق القرار هنا باق، فما يستحق به الشفعة باق، ولو بيع السفل والعلو منهدم، فعلى قول أبى يوسف: لا شفعة لصاحب العلو بناء على أن عنده حق الشفعة له بسب البناء، وعلى قول محمد: له الشفعة؛ لأن عنده حق الشفعة له بسبب حق قرار

(١) وفى "ف": وجه قول محمد: إن استحقاق الأخذ بالشفعة ههنا.

البناء، لا بسبب نفس البناء، وحق قرار العلو باقٍ فى الباب الأول.

١٣٢٨٧-فى شفعة "المنتقى": رجلان اشتريا دارًا، وأحدهما شفيعها، فلا شفعة للشفيع فيما صار للأجنبى منهما؛ لأن شراء الأجنبى لم يتم إلا بقبول الشفيع البيع لنفسه، ألا يرى أن البائع حين قال: بعتكها، أى هذه الدار بألف درهم لكل واحد منهما نصفها بخمسمائة، فقال الأجنبى: قبلت نصفها بخمسمائة، لم يجز ذلك على البائع، فهو بمنزلة رجل باع داره من رجل، واشترط الخيار لرجلين أحدهما شفيع الدار، وأجاز البيع.

١٣٢٨٨-فى "فتاوى الفقيه أبى الليث": إذا بيع المستأجر قبل مضى مدة الإجارة، والمستأجر شفيعها، فأجاز المستأجر البيع حتى نفذ البيع فى حقه، كان له أن يأخذ بالشفعة، وإن لم يجز البيع ولكن طلب الشفعة، بطلت إجارته؛ لأنه لاصحة للشفعة إلا بعد بطلان الإجارة، فيتضمن طلب الشفعة بطلان الإجارة.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا باع من آخر دارًا على أن يكفل فلان بالثمن، وفلان شفيعها، وكفل حيث لا يثبت له حق الشفعة، والفرق فى مسألة الكفالة البيع لا يجوز ما لم يكفل إذا كانت الكفالة شرطًا فى البيع، فصار الجوار مضافًا إليه، فصار بمنزلة البائع، أما ههنا البيع جائز فيما بين البائع والمشترى من غير إجازة المستأجر، فلم يكن الجوار مضافًا إلى المستأجر، فلم يصر بمنزلة البائع.

١٣٢٨٩-رجل اشترى من آخر أرضًا فيها نخيل بألف درهم، فلم يقبضها المشترى حتى أثمر النخيل، ثم حضر الشفيع، فله أن يأخذ الكل بالشفعة، وفى المسألة إشكال من وجهين: أحدهما: أن حق الشفيع إنما يثبت بالبيع، فإنما يثبت فيما كان موجودًا وقت البيع [والثمر لم يكن موجودًا وقت البيع][1]، والثانى: أن الثمر نقلى.

والجواب: أما الأول قلنا: حق الشفيع يثبت بالبيع، ولكن فى جميع ما صار مملوكًا للمشترى بالبيع، والثمر صار مملوكًا للمشترى بالبيع، وإن لم يكن موجودًا وقت البيع، ألا يرى لو قبضه المشترى صار له حصة من الثمن، وأما الثانى، قلنا: الثمر ما دام متصلا بالنخل، والأرض، فله حكم النخل، والأرض بطريق التبعية، وحق الشفعة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يثبت فى النخل والأرض، فكذا فى الثمر المتصل بهما، فإن قال الشفيع : آخذ الأرض والنخل بحصتهما، وأترك الثمر، أو قال المشترى : أعطيك الأرض والنخل بحصتهما، ولا أعطيك الثمر، لا يلتفت إلى قوله لما فيه من ضرر التفريق بصاحبه، ولو أن الشفيع حين حضر لم يقض القاضى له بالشفعة حتى أخذ البائع الثمر، أخذ الشفيع الأرض والنخل، وترك الثمر؛ لأنا إنما أثبتنا حق الشفعة فى الثمر قبل الجذاذ مع كونه نقليًا بطريق التبعية، وبالجذاذ زالت التبعية، فعاد الأمر إلى الأصل، ثم يأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمر، ويسقط حصة الثمر؛ لأن البائع بالجذاذ صار مستهلكًا حق المشترى قبل القبض، فأوجب سقوط حصته من الثمن، فكما يظهر السقوط فى حق المشترى، يظهر فى حق الشفيع، وهو نظير بناء الدار إذا نقضه البائع، ثم حضر الشفيع، أخذ الباقى بحصته من الثمن، وطريقه ما قلنا : هذا إذا أخذ البائع الثمر، فأما إذا هلك الثمر من غير صنع أحد، فالشفيع يأخذ الثمر والنخيل بجميع الثمر، لأنه ملك بالبيع بيعًا، فلا يقابله شىء من الثمر إلا إذا صار مقصودًا بالبيع بالحبس، ولم يوجد ذلك ههنا، هذا إذا أثمر النخيل قبل قبض المشترى، وإن أثمر بعد قبض المشترى، وجذه المشترى، ثم حضر الشفيع، فلا شفعة له فى الثمر، ويأخذ النخيل والأرض بجميع الثمن إن شاء؛ لأن الثمر فى هذه الصورة لا يقابله شىء من الثمن؛ لأنه حادث بعد القبض، هذه الجملة من "الزيادات".

١٣٢٩٠-وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل اشترى نخيلا فيه ثمر اشتراه بأصله وثمره، فجذ المشترى الثمر، ثم حضر الشفيع، أخذ النخيل بحصته من الثمن، فيقوم النخل وفيه ثمر، ويقوم ولا ثمر فيه، فيأخذ بحصته، وكذا إذا اشترى أرضًا مبذورًا، فنبت الزرع، وحصد المشترى، ثم حضر الشفيع، أخذ الأرض بحصتها، فيقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فيرجع بحصتها، والطريق ما قلنا فى المسألة الأولى من "الزيادات".

١٣٢٩١-وفى باب شفعة الأرضين من "الأصل" : إذا اشترى نخلة بأصولها ومواضعها من الأرض، ففيها الشفعة، بخلاف ما إذا اشترى نخلة ليقلعها حيث لا شفعة فيها؛ لأن فى الفصل الأول إنما أثبتنا الشفعة فى النخلة تبعًا للأرض؛ لأنه اشتراها، وهنا لا يمكن إيجاب الشفعة فيها تبعًا؛ لأنه اشتراها للقلع، ولا يمكن إيجاب الشفعة فيها

مقصودًا؛ لأنه نقلى، فكان الجواب فى الأشجار كالجواب فى البناء.

١٣٢٩٢-إذا اشترى البناء ليقلعه، فلا شفعة للشفيع فيه، فإن اشتراها بأصله، فللشفيع فيه الشفعة، وعلى هذا إذا اشترى الزرع مع الأرض، فللشفيع أن يأخذ الزرع بالشفعة، ولو اشترى الزرع ليحصده، لم يكن فيه شفعة.

١٣٢٩٣-وإذا اشترى بيتًا ورحاء ماء فيه، ونهرها ومتاعها، فللشفيع الشفعة فى البيت وفى جميع ما كان من آلات الرحاء المركبة فى بيت الرحاء؛ لأنها تابعة لبيت الرحاء، وعلى هذا إذا اشترى الحمام، فللشفيع أن يأخذ بالشفعة الحمام مع آلاتها المركبة من القدر وغيره، ولا يأخذ ما كان مزائلا من البيت فى المسألة الأولى، ومن الحمام فى المسألة الثانية إلا الحجر الأعلى، فإنه يأخذه بالشفعة استحسانًا، وإن لم يكن مركبًا؛ لأن الحجر الأعلى مع الأسفل شىء واحد معنى، ألا ترى أنه يدخل فى بيع الرحاء استحسانًا من غير ذكر مكان، كالمركب معنى، فلهذا يأخذه الشفيع بالشفعة.

١٣٢٩٤-وإذا اشترى عين قير[1]، أو نفط، أو موضع ملح، أخذ بجميع ذلك بالشفعة؛ لأن هذه الأشياء متصلة بالأرض معنى؛ لأنها بيع من ذلك الموضع.

١٣٢٩٥-فى "فتاوى الفضلى": اشترى كرمًا، وله شفيع غائب، فأثمرت الأشجار، فأكلها المشترى، ثم حضر الشفيع، وأخذ الكرم بالشفعة، فإن كانت الأشجار وقت قبض المشترى ذات ورد، ولم يبدو الطلع من الورد، لا يسقط شىء من الثمن، وإن كان قد بدا الطلع وقت قبض المشترى، يسقط بقدر ذلك، ويعتبر قيمته يوم قبض المشترى الكرم؛ لأن فى الوجه الأول لا حصة له من الثمن، وفى الوجه الثانى له حصة، وكذا إذا كان المشترى أرضًا فيها زرع لاقيمة لها، فأدرك الزرع، وحصده المشترى، ثم جاء الشفيع، وأخذ الأرض، لا يسقط شىء من ذلك الثمن -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) وفى "م": عين عين قير.

الفصل الثانى
فى بيان مراتب الشفعة

١٣٢٩٦-الشفعة عندنا تستحق على ثلاث مراتب : أولا : تستحق بالشركة فى عين البقعة، ثم بالشركة فى حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم يستحق بالجوار، وصورته : منزل بين اثنين فى دار، والدار لجماعة، وهذه الدار فى سكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل، فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم فالشركاء فى الدار أحق من شركاء السكة؛ لأن شركتهم فى الطريق الخاص، فإم سلم فأهل السكة أحق، فإن سلموا، فالجار الملاصق، وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة أخرى أحق، قال محمد فى "الأصل" : والجار الذى له الشفعة عندنا الجار الملاصق الذى داره لزيق الدار الذى وقع فيها الشراء.

وهذه المسألة فى الحاصل على وجهين : أن تكون الدار التى وقع فيها الشراء فى سكة نافذة، وفى هذا الوجه الشفعة للجار الملازق، وأما أن تكون فى سكة غير نافذة، وفى هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء، الملازق والمقابل فى ذلك على السواء.

قال محمد : وإن كان فناءه منفرجًا عن الطريق الأعظم رافعًا عن الطريق، أو زقاقًا، أو دربًا غير نافذ فيه دور، فبيعت دار منها، فأصحاب الدور جميعًا شفعاء، قال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيبانى : هذا إذا كان الفناء مربعًا، فأما إذا كان الفناء مدورًا، فالشفعة للجار الملازق، صورة الفناء المدور والمربع :



قال : والمراد من سكة غير نافذ سكة لها رأس ضيق، وآخرها واسع فيها دور بيعت دار فيها، والسكة غير نافذة، وقد قيل : الشفعة على أربع مراتب عندنا، وبيان ذلك فى مسألتين، إحداهما فى بيت فى دار فى سكة غير نافذة، والبيت لاثنين، والدار لقوم، فباع أحد الشريكين نصيبه من البيت، فالشفعة أولى للشريك فى البيت، فإن سلم،

فلشريك الدار، فإن سلم، فلأهل السكة الكل فى ذلك على السواء، فإن سلموا، فللجار الملازق، وهو الذى على ظهر هذا المنزل، وباب داره فى سكة أخرى.

فى شرح "أدب القاضى للخصاف" فى باب الشفعة: فإن كان لهذه الدار التى هذا البيت الذى هو مبيع فيه جيران متلازقون، فالذى هو ملازق هذا البيت المبيع، والذى هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت فى الشفعة على السواء، هذا التفريع فى آخر شفعة "الكافى".

١٣٢٩٧-المسألة الثانية: دار بين شريكين فى سكة غير نافذة، فباع أحد الشريكين نصيبه من الدار من إنسان، فالشفعة أولى للشريك فى الدار، وهو الشريك الذى لم يقاسم، فإن سلم فللشريك فى الحائط المشترك الذى يكون بين الدارين، فإن سلم فلأهل السكة الكل فى ذلك على السواء، فإن سلموا، فللجار الملازق الذى يكون ظهر هذه الدار إليه، وباب تلك الدار فى سكة أخرى.

فى شرح "أدب القاضى" للخصاف فى باب الشفعة: ثم الجار الذى هو مؤخر عن الشريك فى الطريق أن لا يكون شريكًا فى الأرض الذى هو تحت الحائط الذى هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكًا فيه، لا يكون مؤخرًا، بل يكون مقدمًا؛ لأنه شريك، وإن كان شريكًا فى بعض المبيع، وصورة ذلك: أن تكون أرضًا بين اثنين [غير][1] مقسومة بنيا فى وسطها حائطًا، ثم اقتسما الباقى، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركا بينهما، فكان هذا الجار شريكًا فى بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطا خطا فى وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئًا حتى بنيا حائطًا، فكل واحد منهما جار لصاحبه فى الأرض شريك فى البناء، لا غير، والشركة فى البناء لا غير، لا توجب الشفعة فى آخر شفعة "خواهر زاده"، وذكر القدورى فى "شرحه" فى باب الشفعة فى الحيطان ومسيل الماء: أن الشريك الذى تحت الحائط يستحق الشفعة فى كل المبيع بحكم الشركة عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، فيكون مقدمًا على الجار فى كل المبيع، وفى إحدى الروايتين عن أبى يوسف: يستحق الشفعة فى الحائط بحكم الشركة، ويستحق الشفعة فى بقية الدار بحكم الجوار، فيكون ذلك مع جار آخر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

بينهما، وثمرة الخلاف تظهر فى مسائل كثيرة، وفى كل موضع سلم الشريك الشفعة، فإنما يثبت للجار حق الشفعة إذا كان الجار، قد طلب الشفعة حين سمع البيع، أما إذا لم يطلب الشفعة حتى سلم الشريك الشفعة، فلا شفعة له، ذكره شمس الأئمة السرخسى فى أول شرح كتاب الشفعة رواية فى "نوادر هشام": رواه عن محمد.

١٣٢٩٨-وفى "عيون المسائل": دار كبيرة فيها مقاصر، باع صاحب الدار منها مقصورة، أو قطعة معلومة، ففيها الشفعة لجار الدار الكبيرة كان جارًا فى أى نواحيها؛ لأن المبيع من جملة الدار مجاز الدار يكون جار المبيع، فإن سلم الشفيع الشفعة، ثم باع المشترى ما اشترى لم تكن الشفعة إلا لجار ذلك القدر المبيع؛ لأن ذلك القدر صار مقصودًا، فخرج من أن يكون بعض الدار، وكذلك لو اشترى رجل بيتًا من دار، والدار كلها لواحد، فالشفعة لجار الدار، وإن لم يكن جار ذلك البيت المشتراة، فلو أن الشفيع سلم الشفعة، ثم باع مشترى البيت ذلك البيت، فلا شفعة للشفيع الذى سلم الشفعة إن لم يكن جار ذلك البيت؛ لما قلنا.

صاحب العلو مع صاحب السفل إذا لم يكن طريق العلو فى السفل بمنزلة جارين.

فى "الأصل" فى باب الشفعة لأهل الكفر، وفى هذا الباب أيضًا صاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء إذا لم يكن موضع مسيل الماء ملكًا له، وصورة هذا إذا بيع دار لرجل فيها طريق، والآخر فيها مسيل ماء، فصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء؛ لأن للذى له طريق شركة فى المبيع، ولا شركة لصاحب المسيل إذا لم يكن المسيل ملكًا له.

١٣٢٩٩-دار بين ثلاثة نفر إلا موضع بئر، أو طريق، فإن ذلك بين اثنين من هؤلاء الثلاثة، لا حق للثالث فيه، وباقى الدار بين الثلاثة، باع الذى له شركة فى الدار، والبئر، والطريق نصيبه، فالشفعة لشريكه الذى له شركة فى الدار والطريق، هكذا ذكر فى أول شفعة "الأصل"، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى: لا شك أن الذى له شركة فى البئر، والطريق أحق بالشفعة فى البئر والطريق والكل فى الحكم شىء واحد، فإذا صار أحدهما أحق بالبعض، كان أحق بالجميع، وتعرف عن هذه المسألة كثير من المسائل، وعلى قياس مسألة الشركة فى أرض الحائط الذى تقدم ذكره يجب أن تكون فى

هذه المسألة روايتان عن أبى يوسف.

فى "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه صاحب السفل أحق بشفعة العلو من الجار الملاصق له، إذا لم يكن بينهم شركة فى الطريق.

فى "القدورى": أنهما يستويان فيها، وإن كانت ثلاثة أبيات، بعضها فوق بعض، وباب كل بيت منها إلى السكة، فبيع الأوسط، كان للأعلى وللأسفل جميعًا الشفعة [وإن بيع الأعلى، فالأوسط أولى بالشفعة، وإن بيع الأسفل، فكذلك الأوسط أولى بالشفعة](١).

١٣٣٠٠-وفيه أيضًا: دار فيها ثلاثة أبيات، ولها ساحة، والساحة بين ثلاثة نفر، والبيوت بين اثنين منهم، فباع أحد مالكى البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه فى البيوت والساحة، فلا شفعة لشريكهما فى الساحة، وتخرج المسألة على نحو ماذكر شمس الأئمة السرخسى فى المسألة التى تقدم ذكرها.

١٣٣٠١-وفيه أيضًا: حائط بين دارى رجلين، والحائط بينهما، فصاحب الشريك فى الحائط أولى بالحائط من الجار، وهما سواء فى بقية الدار، يأخذ أيهما يريد، هذا إذا لم يكن ما تحت الحائط من الأرض مشتركا بينهما، وكذلك البيت من الدار بين رجلين بغير طريق، باع صاحب الدار، فالشريك فى البيت أولى بالبين، وهو مع الجار سواء فى بقية الدار.

١٣٣٠٢-درب غير نافذ فيه دور لقوم باع رجل من أرباب تلك الدور بيتًا شارعًا فى السكة العظمى، ولم يبع طريقه فى الدرب على أن يفتح مشترى البيت بابًا إلى الطريق الأعظم، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم فى الطريق وقت البيع، فإن سلموها، ثم باع المشترى البيت بعد ذلك، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم فى الطريق وقت البيع الثانى، فتكون الشفعة للجار الملازق، وهو صاحب الدار، وكذلك إذا باع قطعة من الدار بغير طريق فى الدرب، هذه الجملة فى "شرح الكافى" فى باب الشفعة فى البناء.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

درب غير نافذ فى أقصاه مسجد خطه، وباب المسجد فى الدرب، وظهر المسجد وجانبه الآخر إلى الطريق الأعظم، فهذا درب نافذ لو بيع فيه دار، فلا شفعة إلا للجار، وأراد بمسجد الخطة المسجد الذى اختطّه الإمام حين قسم بين الغانمين، وهذا لأن المسجد إذا كان خطة، وظهره إلى الطريق الأعظم، وليس حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الأعظم، فهذا الدرب بمنزلة الدرب النافذ، ولو كان حول المسجد دور تحول بينه، وبين الطريق الأعظم، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة؛ لأن هذا الدرب لا يكون نافذًا، ولو لم يكن المسجد الخطة فى الأقصى، لكنه كان فى أول السكة، فإن من أول السكة إلى موضع المسجد نافذ، لا يثبت فيها الشفعة إلا للجار الملازق، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لأهل تلك السكة كلهم الشفعة.

ولو لم يكن المسجد خطة، بأن اشترى أهل الدرب من رجل من أهله دار من أقصى الدرب، ظهرها إلى الطريق الأعظم، وجعلوها مسجدًا، وجعلوا فى الدرب بابه، ولم يجعلوا له إلى الطريق الأعظم بابًا، أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره، فلأهل الدرب الشفعة بالشركة.

سكة أو درب غير نافذ فى أقصاها دار، وباب هذه الدار فى الدرب، أو فى السكة، ولهذا الدرب باب آخر، يخرج منه إلى الطريق الأعظم، فإن كان هذا الطريق طريقًا للعامة، ليس لأهل الدرب أن يمنعوهم، فهذه سكة نافذة لو بيع فيه دار، لا تجب الشفعة إلا بالجوار، وإن كان طريقًا لأهل الدرب، والسكة خاصة، بأن أحدثوه، ولهم منع العامة، فأهل الدرب شفعاء بالشركة فى الطريق؛ لأن الدرب حينئذٍ غير نافذ من حيث المعنى.

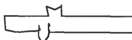
قال الصدر الشهيد حسام الدين فى شرح هذا الكتاب: سكتنا[1]، وسائر السكك إن كان نفاذها خطة، فلا شفعة فيها إلا بحكم الجوار، وإن أحدثوا النفاذ، فالشفعة للكل.

١٣٣٠٣-وأما الزقيقات التى ظهرها وادى، لا يخلو من وجهين: إن كان موضع الوادى مملوكًا فى الأصل، وأحدثوا الوادى، فهذا والمسجد الذى أحدثوه فى أقصى

(١) وفى "ف": فعلى هذا سككنا، وسائر السكك.

السكة سواء، وإن كان في الأصل واديًا كذلك، فهو ومسجد الخطة سواء، هكذا حكى عن الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني، وكان يقول: الزقيقات التي على ظهرها وادى بخارى إذا باع فى زقيقة منها دار، فأهل الزقيقة كلهم شفعاء، ولايجعل ذلك كالطريق النافذ، فكأنه عرف أنه مملوك، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي يجعل حكم هذه الزقيقات حكم السكك النافذة، قيل: ويجوز أن تقاس السكك التى فى أقصاها الوادى ببخارى على ما تقدم، ويبنى أمر الشفعة فيها على النفاذ الخطة وعلى النفاذ الحادث سكة غير نافذة فيها عطف مدور، يريد بالعطف الذى يقال له بالفارسية: خم كرد، وصورة العطف المدور هكذا:

١٣٣٠٤–وفى العطف منازل، فباع رجل منزلا فى أعلى السكة، أو فى أسفلها، أو فى العطف، فالشفعة لجميع الشركاء، وإن كان العطف مربعًا، بأن تكون سكة ممدودة فى كل جانب منها زقيقة، وفى السكة دور، وفى الزقيقين دور، وصورته هكذا[1]:



فباع رجل فى العطف منزلا، فالشفعة لأصحاب العطف دون أصحاب السكة، ولو باع رجل فى السكة دارًا كانوا جميعًا شفعاء، وهو نظير سكة عظمى غير نافذة فيها سكة صغرى إذا بيع فى السكة الصغرى دار، فالشفعة لأهل السكة الصغرى خاصة، ولو بيع دار فى السكة العظمى، فالشفعة لأهل السكتين، والحاصل أن بالعطف المدور لا تصير السكة فى حكم السكتين، ألا ترى أن هيئات الدور فى هذا العطف لا تتغير، كما فى سكة دهقان، أما العطف المربع يصير فى حكم سكة أخرى، ألا يرى أن هيئات الدور فى هذا العطف تتغير، فتصير بمنزلة سكة فى سكة فى آخر شفعة "الكافى".

١٣٣٠٥–وفى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: فى درب

(١) وفى النسختين "م" و "ف": هكذا:



زائغة مستديرة بجميع الدرب بيعت في دار في هذه الزائغة التي عليها الدرب، فهم شركاء في الشفعة، وإذا كان درب مستطيل فيه زائغة ليست على ما وصفت لك، ولكنها تشبه السكة، فأهل تلك الزائغة شركاء في دورهم، ولا يشركهم أهل الدرب في الشفعة، وقال أبو يوسف: ذلك كله سواء، وهم شركاء في زائغتهم دون أهل الدرب، وفي "نوادر هشام" قال أبو يوسف: المدورة والمربعة والمستطيلة سواء، وإذا بيع دار في الزائغة، فلهم ولأهل السكة فيها شفعتهم لاشتراكهم في طريق السكة.

١٣٣٠٦-فيه أيضًا: هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل بيتًا من دار إلى جنب داره، وفتح بابه إلى داره، ثم باع هذا البيت وحده، فجاء جار هذا الرجل، وطلب هذا البيت بالشفعة، قال: إن كان سد باب البيت من تلك الدار في هذه الدار حتى عدا[1] البيت من هذه الدار، فله الشفعة.

في شفعة أبي الليث: دار بيعت، ولها بابان في زقاقين غير نافذين، فإن كانت في الأصل دارين، باب أحدهما في زقاق، وباب الأخرى في زقاق آخر، فاشتراهما رجل، ورفع الحائط بينهما حتى صارت كلها دار واحدة، كان لأهل كل زقاق أن يأخذ الجانب الذي يليه؛ لأنهما لما كانتا دارين في الأصل، كان لأهل كل زقاق جوار بإحداهما.

وفي الشفعة للحسن بن زياد: سكة غير نافذة فيها عطفة منفردة نفذت هذه العطفة من جانب آخر إلى هذه السكة التي فيها العطفة، فبيعت دار في هذه العطفة، فلا شفعة فيها إلا لمن داره لزيق الدار المبيعة، ولو لم تنفذ هذه العطفة إلى السكة، كانت الشفعة لجميع أهل هذه العطفة، فإن سلموا الشفعة فليس لأهل السكة الشفعة فيها، وإن كانت في الأصل دارًا واحدة، ولها بابان، فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل، كان الجوار لكل الدار ثابت لأهل الزقاقين، والعبرة للأصل دون العارض، ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفلها زقاق آخر إلى جانب آخر، فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة، كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق الذي لهم خاصة، ولا شفعة لهم في الجانب الآخر، وفي مثل هذا ينظر إلى الأصل.

---

(١) وفي "ظ": عد.

١٣٣٠٧ -وفى آخر شفعة "الأصل": دار فيها حُجر، وحجرة منها بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه من الحجرة، فهذا على وجهين: إن كانت الحجرة مقسومة بينهما، فالشفعة للشركاء فى طريق الدار، لا للشريك فى الحجرة؛ لأن الشركة فى الحجرة قد انقطعت بالقسمة، وصار الشريك جارًا فى حق الحجرة بعد القسمة، وبقى شريكًا فى طريق الدار، فإن سلم الدار الشفعة، كانت الشفعة للجار الملازق بالدار، وفى هذا الموضع أيضًا أرض اشتراها قوم، واقتسموها دورًا، وتركوا فيها سكة ممشى لهم، وهى سكة ممدودة غير نافذة، فبيعت دار فى أقصى السكة، فهم جميعًا شركاء فى شفعتها الأعلى والأقصى فى ذلك على السواء؛ لأن الطريق فى هذه السكة بقيت على الشركة الأصلية؛ لأنها لم تدخل تحت القسمة، فيستحقون الشفعة بحكم الشركة فى الطريق، وكذلك إن كانوا ورثوا الدور عن آباءهم كذلك، ولا يعرفون كيف كان أصلها، فهذا والأول سواء، علل شمس الأئمة السرخسى، فقال: لأنهم شركاء فى الفناء [وهو نظير الطريق الذى فى السكة، فيشتركون فى استحقاق الشفعة به.

قال محمد فى "الأصل": الشريك فى الفناء][1] أحق من الجار، قال شمس الأئمة: فإن كان مراده: فناء مملوكًا لهم ملكًا خاصًا، فهذا ظاهر، وإن كان المراد فناء غير مملوك، فوجهه أنهم أخص بالانتفاع بذلك الفناء، ولهم أن يمنعوا غيرهم عن الانتفاع به، فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم فى استحقاق الشفعة به.

١٣٣٠٨ -فى شفعة "الأصل": اشترى بيتًا من دار علوه لآخر، وسفله لآخر، وطريق البيت الذى اشترى فى دار أخرى، فإنما الشفعة للذى فى داره الطريق، وهذا إذا كان مفتح العلو خارج الدار، أما إذا كان مفتحه إلى الدار، فصاحب العلو وغيره فى الشفعة سواء بسبب الشركة فى الطريق -والله أعلم-.

١٣٣٠٩ -فى "الكيسانيات": دور ورثوها جماعة عن أبيهم، مات بعض ولد أبيهم، وترك نصيبه ميراثًا بين ورثته، وهم ثلاثة بنين، باع أحدهم نصيبه منها، فشركاءه فى ميراث أبيهم، وهم أبناء الميت الثانى، وشركاء الأب وهم أولاد الميت الأول شفعاء فيها، ليس بعضهم بأولى من بعض؛ لأنه ليس فى الدار شىء إلا وهم شركاء فيه؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نصيب الميت الثاني ليس بعينه في الشفعة .

الحسن بن زياد : قوم ورثوا دارًا فيها منازل ، فاقتسموه ، فأصاب كل واحد منهم منزلا ، ورفعوا فيما بينهم الطريق ، فباع بعض من صار له منزل منزله ، وسلم الذين لهم المنازل في الدار الشفعة ، كان للجار الشفعة إذا كان لزيق المنزل الذي بيع ، وإن كان لزيق الطريق الذي بينهم ، وليس بلزيق المنزل ، كان له أن يأخذ المنزل ، وطريقه بالشفعة ، وإن لم يكن لـزيق المنزل ، ولالزيق الطـريق الذي بينهم ، وكان لزيق منزل آخر من الدار ، فلا شفعة ، فهذه المسألة دليل أن الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع أيضًا .

١٣٣١٠-وفي كتاب الشرب لأبي عمر الطبري : دار فيها ثلاثة بيوت ، وكل بيت لرجل على حدة ، وطريق كل بيت في هذه الدار ، وطريق الدار في دار أخرى ، وطريق تلك الدار في سكة غير نافذة ، بيع بيت من البيوت التي في الدار الداخلة ، كان صاحبا البيتين أولى بالشفعة من صاحب الدار الخارجة ؛ لأنهم اشتركوا في الطريق في صحن الدار الداخلة ، فإن سلما الشفعة ، فالشفعة لصاحب الدار الخارجة ، فإن سلم هو أيضًا ، فالشفعة لأهل السكة .

في "عيون المسائل" : أرض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقًا ، وجعلوها نافذة ، ثم بنوا دورًا يمنة ويسرة ، وجعلوا أبواب الدور شارعة إلى السكة ، فباع بعضهم دارًا ، فالشفعة بينهم سواء ؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة ، فكأنها غير نافذة ؛ لأن لهم أن يرجعوا ، ويسدوا الطريق ، وإن قالوا : جعلناها طريقًا للمسلمين ، فكذلك الجواب أيضًا ، قال الصدر الشهيد : هو المختار ؛ لأن لهم أن يرجعوا ، ويسدوا ، هو المختار .

١٣٣١١-في "الزيادات" في باب الشفعة التي يأخذها كلها والتي لا يأخذها : داران متلازقتان كل واحد منهما لرجل ، ولكل دار جيران ، فتبايعا إحدى الدارين بالأخرى ، فالشفعة للجيران ، وليس لكل واحد منهما الشفعة ، أما فيما باع فظاهر ، وقد مرت المسألة من قبل ، وأما فيما اشترى فلأن كل واحد منهما لو استحق الشفعة فيما اشترى استحق بسبب الجوار ، وكل واحد منهما أزال جواره ببيع ما كان له مقارنًا لثبوت حق الشفعة ، ولو كانت الداران جميعًا بينهما نصفان ، باع كل واحد منهما نصيبه من

هذه الدار بنصيب صاحبه من الدار الأخرى، فلا شفعة للجيران ههنا؛ لأن كل واحد منهما شريك فى الدار التى اشترى نصفها.

١٣٣١٢-رجل اشترى دارًا فى سكة غير نافذة، ثم اشترى بعد ذلك أخرى، كان لأهل تلك السكة أن يأخذوا الدار الأولى، ويكونوا شركاء فى الثانية؛ لأن وقت شراء الأولى لم يكن المشترى شريكهم فى السكة، ووقت شراء الثانية هو شريكهم فى السكة، وكذلك لو كان بين ثلاثة نفر دار، فاشترى رجل نصيبهم واحدًا بعد واحد، فللجار أن يأخذ الثلث الأول، وليس له على الثلثين الباقيين سبيل[١]، لما قلنا، ولو كانت الدار بين أربعة، فاشترى رجل نصيب الثلاثة واحدًا بعد واحد، والرابع غائب، ثم حضر الغائب، فله أن يأخذ نصيب الأول، وفى نصيب الآخرين شريك له لما قلنا، ولو اشترى أحد الأربعة نصيب الاثنين واحدًا بعد واحد، ثم حضر الرابع، كان المشترى شريكًا فى النصيبين جميعًا؛ لأن ههنا المشترى شريك وقت شراء النصيبين، بخلاف ما تقدم.

وفى "الهارونى": دار بين ثلاثة نفر، اشترى رجل نصيب أحدهم، ثم جاء رجل آخر، واشترى نصيب الآخر، ثم جاء الثالث الذى لم يبع نصيبه، كان له أن يأخذ النصيبين جميعًا بالشفعة [فإن لم يحضر الثالث حتى][٢] جاء المشترى الأول إلى المشترى الثانى، وطلب منه الشفعة، كان له ذلك، ويقضى له بها، فيصير له النصيبان جميعًا، فإن جاء الثالث بعد ذلك، وكان غائبًا، وطلب الشفعة، أخذ جميع ما اشتراه الأول، ونصف ما اشتراه الثانى، ولو لم يقض القاضى للمشترى الأول بما اشتراه الثانى، قضى للثالث بالنصيبين جميعًا، وأشار إلى الفرق، وقال: إذا قضى القاضى للمشترى الأول [بنصيب الثانى، صار نصيب الثانى ملكًا للمشترى الأول، فإذا جاء الثالث، وأخذ ما اشتراه المشترى الأول][٣] صار كأن الأول باع ما اشتراه، وإنه لا يوجب بطلان ملكه فيما أخذ بالشفعة بقضاء القاضى، فصار الأول شفيعًا فى نصيب الثانى، والثالث أيضًا شفيع

(١) وفى "ف": شركة.

(٢) هكذا فى "ف"، وكان فى "ظ" و"ف": فإن بدلا من حتى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فيه ، فقضى بينهما ، فأما قبل قضاء القاضى بذلك فنصيب الثانى لم يصر ملكًا للمشترى الأول ، بل له حق أن يتملكه بما اشتراه ، فإذا أخذ الثالث ما اشتراه الأول ، فقد زال ملك الأول وحقوقه ، فلا يستحق به الشفعة .

قال محمد فى "الأصل" : الشركاء فى النهر الصغير كل مَن كان له شرب أحق من الجار الملازق ، وإن كان نهرًا كبيرًا تجرى السفن ، فالشفعة للجار الملازق فى باب شفعة الأرضين فى شفعة "الكافى" ، قال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيبانى : أراد بالسفن هنا السماريات التى فى أصغر السفن ، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى فى "شرحه" : أن المذهب عند أبى حنيفة أن النهر الكبير التى تجرى فيه السفن من الأنهار كدجلة والفرات ، وكل ما يجرى فيه السفن من الأنهار يكون فى معنى دجلة والفرات ، وما لا تجرى فيه السفن ، يكون فى حكم النهر الصغير .

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" : أن المشايخ اختلفوا فى حد النهر الكبير والصغير ، بعضهم قالوا : النهر الكبير ما يتفرق ماءه بين الشركاء ، وله منفذ إلى المنافذ التى هى لجماعة المسلمين ، والنهر الصغير ما يتفرق ماءه بين الشركاء ، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضى ، ولا يكون له منفذ .

وعامة المشايخ على أن الشركاء على النهر إن كانوا لا يحصون ، فهذا نهر كبير ، وإن كانوا يحصون ، فهذا نهر صغير ، لكن اختلفوا بعد هذا فى حد ما يحصى وما لا يحصى ، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم قدر ما لا يصحى بمائة ، وبعضهم قدر ما لا يحصى بأربعين ، وبعضهم قدر ما لا يحصى بعشرة .

وبعض مشايخنا قالوا : أصح ما قيل فيه : إنه مفوض إلى رأى كل مجتهد فى زمانه إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا ، وإن رآهم قليلا كانوا قليلا .

ثم إن عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة ، حيث جعلوا الشركة فى النهر إذا كان بين أقوام يحصون خاصة ، وإن كان للنهر منفذًا إلى منافذ هى لجماعة المسلمين ، ولم يجعل الشركة فى الطريق الذى له منفذ إلى الطريق العامة شركة خاصة ، وإن كان أهل السكة مما يحصون .

١٣٣١٣-نهر خاص لرجل فى أرض رجل ، وعليه رحى ماء لصاحب فلو باع

صاحب النهر النهر، النهر مع الرحى، فلصاحب الأرض أن يأخذ النهر مع الرحى بالشفعة، وإن لم يكن له اتصال بالرحى؛ لأن الرحى مع النهر كشيء واحد، إذ الانتفاع بالرحى بدون النهر لا يمكن، فجار النهر يكون جار الرحى، قال: وجميع جيران النهر في الشفعة في النهر والرحى على السواء، ولا يختصّ الملازق للرحى بالرحى، ذكره شيخ الإسلام في شرحه.

١٣٣١٤-في الشفعة للحسن بن زياد: نهر كبير كدجلة، يجرى لقوم منه نهر صغير، فصارت شرب أراضيهم من هذا النهر الصغير، فباع رجل من أهل هذا النهر الصغير أرضه بشربها، كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير أن يأخذوا تلك الأرض بالشفعة، أقصاهم وأدناهم فيها سواء، فإن كانت الأرض التي بيعت قطعة أخرى لزيقها بهذه الأرض المبيعة، وشرب هذه القطعة من النهر الكبير، فلا شفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر الصغير.

وفي كتاب هلال البصري: في نهر يلتوى فيه أرضون خلف الالتواء، أو قبله، فإن كان الالتواء بتربيع، فهو كنهرين، فتكون الشفعة للشركاء في الشرب إلى موضع الالتواء خاصّةً، فإن سلموا، فهي للباقين من أهل النهر، قال: وهو كنهر صغير أخذ من نهر كبير، وبيع أرض على هذا النهر الصغير، كان أهل النهر الصغير أولى بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأهل النهر الكبير، وإن كان الالتواء باستدارة وانحراف، كانت الشفعة لهم جميعًا، وجعلوه كالنهر الواحد.

١٣٣١٥-في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: نهر بين قوم لهم عليه أرضون وبساتين شربها من ذلك النهر شركاء فيه، فلهم الشفعة فيما بيع من هذه الأراضي والبساتين، فإن اتخذوا من تلك الأرضين والبساتين دورًا، واستغنوا عن ذلك الماء إلا للشفعة، فإنه لا شفعة بينهم إلا بالجوار، بمنزلة دور الأمصار، وإن بقي من هذه الأرضين ما يزرع، وبقي منها بساتين تحتاج إلى السقى، فهم شركاء في الشرب على حالهم، وشركاء في الشفعة.

وفيه أيضًا قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن نهر لقوم فيه شرب، وأصل النهر لغيرهم، فباع رجل أرضه، والماء منقطع في النهر، فلهم الشفعة بالشرب في

قول محمد، وفى قياس قول أبى حنيفة لا شفعة لهم، وفى نسخة: وفى قياس قول أبى يوسف: لا شفعة لهم، كقولهم فى العلو المنهدم.

١٣٣١٦-اشترى الرجل نهرًا بأصله، ولرجل أرض فى أعلاه إلى جنبه، ولرجل آخر أرض فى أسفله إلى جنبه، فلهما جميعًا الشفعة، وفى جميع النهر من أعلاه إلى أسفله؛ لأن كل واحد منهما جار، فإن ملك كل واحد منهما متصل ببعض المبيع، والاتصال بالبعض يثبت الجوار.

١٣٣١٧-نهر أعلاه لرجل، ومجراه فى أرض رجل آخر، وأسفله لرجل آخر، فإن اشترى رجل نصيب صاحب أعلى النهر، فطلب صاحب الأرض وصاحب أسفل النهر الشفعة، فإن لهما الشفعة بحكم الجوار؛ لأنهما جاران للنهر، لكن جوار صاحب السفل أقل؛ لأن جواره مقدار عرض النهر، وجوار صاحب الأرض مقدار طول النهر، ولا عبرة لزيادة الجوار، ولايصير أحدهما أولى باستحقاق شفعة النهر، وإن كان لأحدهما شرب من هذا النهر، ولا شرب للآخر؛ لأن الشركة فى الشرب ليست شركة فى حقوق المبيع، وهو النهر، إذ الشرب ليس من حقوق النهر، إنما هو من حقوق الأرض، إذ لا حاجة إلى الشرب للنهر، وإنما يتقدم على الجار من له شركة فى رقبة المبيع، أو فى حقوقه فى "الأجناس".

١٣٣١٨-وفى الشرب لأبى عمرو الطبرى: فى قطعة أرض لرجل لها شرب من نهربين قوم، باع صاحب القطعة أرضه بلا شرب، فلشركاءه فى الشرب الشفعة، وهم أحق من الجيران، وبطل حق البائع من الشرب، وصار ذلك لشركاءه، فإن سلم الشركاء الشفعة، ثم بيعت هذه القطعة مرة أخرى، فلا شفعة لأرباب الشرب بالشرب؛ لأن الشرب قد انقطع لهذا الأرض، ألا يرى أنه لا شركة للبائع الثانى فى الشرب، ولو اشترى البائع الأول هذه القطعة، ثم أراد أن يرجع فى نصيبه من الشرب، ليس له ذلك؛ لأنه حين باع الأرض بلا شرب، فقد بطل حقه عن الشرب.

قال صاحب "الأجناس": وقد رأيت فى كتاب الوقف لهلال البصرى صاحب الوقف لو باع أرضه بلا شرب، فالشرب للبائع بحاله، وعليه نفقة النهر.

١٣٣١٩-وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: دار فى سكة

خاصة، باعها صاحبها من رجل بلا طريق، فلأهل السكة الشفعة، وكذلك لو باع أرضًا بلا شرب، فلأهل الشرب الشفعة، ولو بيع هذه الدار، وهذه الأرض مرة أخرى، ليس لهم فيها شفعة؛ لأنه قد انقطع الدار من الطريق، وحق الأرض من الشرب -والله سبحانه أعلم-.

الفصل الثالث
فى طلب الشفعة

١٣٣٢٠ -قال محمد: إذا علم الشفيع بالبيع، فلم يطلب مكانه فلا شفعة له.

يجب أن يعلم بأن الشفعة تجب بالجوار، وبالعقد، أو بالشركة، وبالعقد، وتتأكد بالطلب، ولا يفيد الملك إلا بقضاء، أو رضاء، والطلب على ثلاثة أوجه: طلب مواثبة، وطلب إشهاد وتقرير، وطلب تمليك.

١٣٣٢١ -واختلف العلماء فى مقدار مدة طلب المواثبة: قال علماءنا فى "ظاهر الرواية" يشترط فور علمه بالشراء إن طلب كما علم بالشراء ثبت حقه، وإن لم يطلب، وسكت هنيهة بطل، وإليه ذهب مشايخ بلخ، وعامة مشايخ بخارى.

وروى [هشام عن محمد: أن له مجلس العلم إن طلب فى مجلس العلم ثبت حقه، وإن لم يطلب حتى قام، بطل، وهو اختيار الكرخى، وبعض مشايخ بخارى، وروى][1] ابن رستم عن محمد: أنه إذا سكت هنيهة، لا تبطل شفعته، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى شىء من الكتب كيفية طلب المواثبة، والصحيح أنه إذا أتى بأى لفظ ما أتى بالماضى، أو بالمستقبل، إذا كان لفظًا يفهم منه طلب الشفعة، أنه يجوز، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندوانى، وشمس الأئمة السرخسى، وهذا الطلب وهو طلب المواثبة ليس لإثبات الحق؛ لأن الطلب يقتضى مطلوبًا منه، فيصح، وليس فى هذا الطلب مطلوب وبدون المطلوب لايكون طلبًا على الحقيقة، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وغير راضٍ بجوار هذا الرجل.

والإشهاد ليس بشرط لصحة هذا الطلب، وكذلك حضرة كل واحد من الأشياء الثلاثة: البائع، أو المشترى، أو الدار ليست بشرط لصحة هذا الطلب، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب، لا لأنه شرط لصحة هذا الطلب، ولكن لأن المشترى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لو جحد هذا الطلب، فالشهود يشهدون له على ذلك، وهو نظير ما قال أصحابنا فى الأب: إذا وهب من ابنه الصغير هبة، وأشهد على ذلك ما ذكر، والإشهاد لكونه شرطًا لصحة الهبة، ولكن لأنه لو جحد فالشهود يشهدون.

وكذلك ذكروا الإشهاد فى الحائط المائل لا لكونه شرط صحة طلب التفريع، ولكن لأن صاحب الحائط لو جحد، فالشهود يشهدون عليه.

١٣٣٢٢-وبعد ما طلب طلب المواثبة يحتاج إلى طلب الإشهاد، والتقرير، وهذا الطلب إنما يصح عند حضرة واحد من الثلاثة: إما المشترى، وإما البائع، وإما الدار، فإن حضر المشترى، يقول: اشترى هذه الدار التى باعها فلان، أحد حدودها كذا، والثانى والثالث والرابع كذا، وأنا شفيعها بالجوار بدارى التى حدودها[١] كذا وكذا، وكنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك. وإن حضر البائع يقول: إن هذا باع من فلان داره التى حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا، فاشهدوا على ذلك، وإن حضر الدار يقول: اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها إلى آخر ما ذكرنا، فاشهدوا على ذلك، وهذا الطلب عند المشترى صحيح، سواء كانت الدار فى يد المشترى، أو فى يد البائع، وكذلك عند البائع إذا كانت الدار فى يده، وإن لم تكن الدار فى يده، ذكر الشيخ أبو الحسن القدورى فى شرحه، وعصام فى مختصره، والناطفى فى أجناسه أنه لا يصح، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرحه أنه صحيح استحسانًا، وأحاله إلى "الجامع الكبير" وهكذا ذكر الشيخ الكبير الزاهد أحمد الطواويسى، ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن، ولم يطلب بطل حقه.

قال شيخ الإسلام فى شرحه فى باب شفعة أهل البغى: إن الشفيع إنما يحتاج إلى طلب المواثبة، ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء، فطلب طلب المواثبة، وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه، ويقوم ذلك مقام طلبين، فإن قصد الأبعد من هؤلاء الأشياء الثلاثة، وترك الأقرب، فإن كانوا جملة فى مصر

---

(١) وفى "ف": أحد حدودها.

واحد، فالقياس أن تبطل شفعته، وفى الاستحسان لا تبطل؛ لأن نواحى المصر جعلت كناحية واحدة حكمًا، وإن كانوا فى مكان واحد حقيقة، وطلب عند أحدهم، وترك الطلب عند الآخرين، أليس أنه يصح طلبه، كذا هنا.

١٣٣٢٣-وذكر[1] الصدر الشهيد حسام الدين فى "شرح أدب القاضى" للخصاف، وفى "واقعاته": أنه إذا اجتاز على الأقرب، ولم يطلب منه، بطلت شفعته، ولو كان الشفيع بحضرة أحد هذه الأشياء الثلاثة، والآخران فى مصر آخر، وفى رستاق هذا المصر الذى الشفيع فيه، فقصد الأبعد، وترك الطلب عند من هو بحضرته، بطلت شفعته قياسًا واستحسانًا؛ لأن مصرًا آخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد، فإذا ترك الطلب عند الأقرب، وقصد الأبعد، فقد ترك الطلب مع الإمكان.

١٣٣٢٤-ولو كان كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة فى مصر على حدة، والشفيع فى مصر على حدة، ذكر عصام فى "مختصره": أن الشفيع يذهب إلى أقربهم، وذكر الناطفى فى "أجناسه": أنه إذا ذهب إلى الأبعد، لا تبطل شفعته [وبعض مشايخنا رحمهم الله أخذوا برواية عصام، وبعضهم أخذوا برواية الناطفى، وإليه أشار محمد فى كتاب الشفعة فى باب شفعة أهل البغى، حيث قال: وإذا كان الشفيع فى غير مصر البائع، والمشترى، والدار، قال: إنه شخص هو على شفعته من غير فصل؛ وهذا لأن الشفيع يعجز عن الذهاب إلى الأقرب بسبب من الأسباب، فلا يكون بترك الذهاب إلى الأقرب بطل شفعته، وعلى هذا إذا كان إلى الأقرب طريقان، فيترك الطريق الأقرب، واختار الأبعد، لا تبطل شفعته، على قياس ما ذكر الناطفى، ثم إذا حضر المصر الذى فيه أخذ هذه الأشياء بطلب الشفعة بحضرة ذلك، فلا يكفيه حضور مصر البائع والمشترى والدار فى ذلك على السواء، وكان القاضى الإمام ركن الإسلام أبو زيد الكبير يقول: يكفيه حضور المصر الذى الدار فيه للطلب، ولا يشترط الطلب عند حضور الدار، وكان يفرق بين الدار وبين البائع والمشترى، وكان يقول: إليه أشار محمد فى باب شفعة أهل البغى، وعلى هذا إذا كان الدار فى مصر الشفيع، لا يشترط الطلب عند الدار على ما

---

(١) وفى "ف": وبه أخذ مكان "وذكر".

ذكره القاضي الإمام، بل إذا طلب وأشهد من غير تأخير في أي موضع طلب جاز، ولو كان البائع أو المشتري في مصر الشفيع لا بد من الطلب بحضرته][1].

١٣٣٢٥-ثم بعد طلب المواثبة وطلب الإشهاد يحتاج إلى طلب التمليك، وهو الطلب عند القاضي إن لم يسلم المشتري الدار إليه، وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلانًا اشترى دارًا، و-تبين محلتها وحدودها- وأنا شفيعها بدار لي -ويبين حدودها- فمره بتسليمها إلي، وبعد هذا الطلب أيضًا لا يثبت الملك للشفيع في الدار المشفوعة إلا بحكم القاضي، أو بتسليم المشتري الدار إليه حتى إن بعد هذا الطلب قبل حكم القاضي بالدار له قبل تسليم المشتري الدار إليه [لو بيع دار أخرى بجنب هذه الدار، ثم حكم له الحاكم، أو سلم المشتري الدار إليه][2] لا يستحق الشفعة فيها، وكذلك لو مات الشفيع، أو باع داره بعد الطلبين قبل حكم الحاكم، أو تسليم المشتري، تبطل شفعته، ذكر الخصاف ذلك في "أدب القاضي"، وللشفيع أن يمتنع من الأخذ بالشفعة، وإن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له بها؛ لأن في قضاء القاضي له زيادة فائدة، وهو معرفة القاضي بسبب ملكه، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين، فكان الأخذ بقضاء القاضي أحوط.

١٣٣٢٦-في شفعة الإسبيجابي: فإن ترك الشفيع الطلب الثالث، يعني بعد ما طلب الطلبين، لو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقضي له بالشفعة، هل تبطل شفعته؟ أجمعوا على أنه إذا ترك هذا الطلب بعذر من مرض، أو حبس، أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب، أنه لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة، وإن ترك هذا الطلب بغير عذر على قول أبي حنيفة لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة، وعلى قولهما: تبطل إذا طالت المدة، واختلفت الرواية عنهما، ففي رواية عن محمد: أنه قدره بثلاثة أيام، وفي رواية أخرى: أنه قدره بشهر، فقال: إذا ترك المرافعة شهرًا، بطلت شفعته، وهو إحدى الروايات عن أبي يوسف، قال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على هذا، وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة، رواه محمد عنه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارات من "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٣٣٢٧-قال محمد فى "الأصل": وإذا كان الشفيع غائبًا، فعلم بالشراء، فإنه ينبغى أن يطلب طلب المواثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشترى، أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد والتقرير، فإذا مضى ذلك الأجل قبل أن يطلب هذا الطلب، أو يبعث من يطلب له، فلا شفعة له، فإن قدم المصر الذى فيه الدار، فتغيب المشترى، وطلب الشفيع طلب الإشهاد والتقرير عند البائع، إذا كانت الدار فى يده، أو عند الدار، ثم ترك الطلب الأخير، فإنه لا تبطل شفعته، وإن طال ذلك بلا خلاف؛ لأنه إنما ترك هذا الطلب بعذر؛ لأنه لا يمكنه اتباع المشترى لأجل الخصومة؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشترى ليخاصمه ويأخذ منه، يهرب المشترى إلى مصر آخر، وترك هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة.

وفى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا ترك الطلب الثالث سنة؛ لأنه لم يكن فى البلد قاضٍ، فهذا عذر.

١٣٣٢٨-الشفيع إذا علم بالشراء، وهو فى طريق مكة، وطلب طلب المواثبة، وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه، فوكل وكيلا ليطالب له بالشفعة، فإن لم يفعل، ومضى بطلت شفعته، فإن لم يجد من يوكله، ووجد فيجًا يكتب على يديه كتابًا، ويوكل وكيلا بالكتاب، فإن لم يفعل، بطلت شفعته، فإن لم يجد وكيلا، ولا فيجًا، لا تبطل شفعته حتى يجد الفيج.

وفى "فتاوى أبى الليث" فى "فتاوى أهل سمرقند": رجل له شفعة عند القاضى، فقدمه إلى السلطان الذى يولى القضاة، فإن كان شفعته عند السلطان، وامتنع القاضى عن إحضاره، فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر الشفيع، إذا علم بالبيع فى نصف الليل، ولم يقدر على الخروج، فإن أشهد حين أصبح صح؛ لأن هذا تأخير بعذر.

١٣٣٢٩-فى "واقعات الناطفى": اليهودى إذا سمع البيع يوم السبت، فلم يطلب الشفعة، بطلت شفعته؛ لأن هذا تأخير بغير عذر.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": وفى هذا الموضع أيضًا: الشفيع بالجوار إذا خاف أنه إذا طلب الشفعة عند القاضى، والقاضى لا يرى ذلك، ويُبطِل شفعته، فلم يطلب، فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر.

يعتبر الطلب من الشفيع في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع بالاتفاق، وفي بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار للبائع يعتبر الطلب وقت البيع عند أبي يوسف، وعند محمد: يعتبر الطلب وقت الإجازة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في الباب الأول من شرحه، وجه قول محمد: إن علة ثبوت حق الشفعة انقطاع حق البائع، وحق البائع ينقطع وقت سقوط الخيار في البيع بشرط الخيار، ووقت الإجازة في البيع الفضولي، فيعتبر الطلب في هذا الوقت، وجه قول أبي يوسف: إن في بيع الفضولي وفي البيع بشرط الخيار حق البائع وإن كان يسقط عند الإجازة، إلا أن الإجازة تستند إلى وقت العقد؛ لأن الإجازة إثبات صفة للعقد، والصفة لاتقوم بنفسها، وإنما تقوم بالموصوف، فيستند إلى وقت العقد مع حكمه، وهو انقطاع حق البائع، فيكون وقت الطلب وقت العقد، بخلاف البيع الفاسد؛ لأن هناك حق البائع إنما ينقطع بتصرف المشتري، وتصرف المشتري لا يستند إلى وقت العقد، بل يتقرر حال وجوده، فكذلك انقطاع حق البائع لا يستند، فيعتبر الطلب وقت تصرف المشتري لهذا.

١٣٣٣٠-وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه كان يقول: يعتبر وقت البيع، ثم رجع وقال: سكوته عن الطلب وقت البيع ليس بتسليم، ولو قال: أبطلت شفعتي، فذلك تسليم، وفي الهبة بشرط العوض روايتان: في "ظاهر الرواية": يعتبر الطلب وقت التقابض؛ لأنها تصير بيعًا في هذه الحالة.

وإذا كان البيع بألف درهم إلى سنة، يعتبر الطلب وقت العلم بالبيع حتى إن الشفيع لو قال: أنا أنتظر الأجل، ولم يطلب شفعته، كما علم بالبيع، بطل شفعته، رواه الحسن عن أبي حنيفة، وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه قال: كذلك، قال ابن أبي مالك: وقال أبو يوسف: إنه على شفعته، وسكوته عن الطلب قبل الأجل لا يكون تسليمًا للشفعة.

١٣٣٣١-في "الأصل": في باب شفعة أهل البغي: إذا اشترى رجل من أهل البغي دارًا من رجل في عسكره، والشفيع في عسكر أهل العدل، فإن كان لا يقدر على أن يبعث وكيلا، ولا أن يدخل بنفسه [عسكرهم][1]، فهو على شفعته، ولا يضره ترك

---

(١) هكذا في "ف".

طلب الإشهاد؛ لأن هذا ترك بعذر، فإن كان يقدر على أن يبعث وكيلا، أو يدخل بنفسه عسكرهم، فلم يطلب طلب الإشهاد، بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد بغير عذر.

١٣٣٣٢-إذا اتفق البائع، أو المشترى والشفيع أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام، ثم اختلفا بعد ذلك فى الطلب، فقال الشفيع: طلبت منذ علمت، وقال المشترى: ما طلبت، فالقول قول المشترى، وعلى الشفيع البينة، ولو قال الشفيع: علمت الساعة وأنا أطلبها، وقال المشترى: علمت قبل ذلك، ولم تطلب، فالقول قول الشفيع.

وفى "نوادر أبى يوسف": إذا قال الشفيع: طلبت الشفعة حين علمت، فالقول قوله، ولو قال: علمت أمس، وطلبت، أو قال: كان البيع أمس، وطلبتها فى ذلك الوقت، لم يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف فى "أدب القاضى".

وحكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيبانى: أنه قال: إذا كان الشفيع علم بالشراء، وطلب طلب المواثبة، ثبت حقه، لكن إذا قال بعد ذلك، علمت منذ كذا، وطلبت لايصدق على الطلب، ولو قال: ما علمت إلا الساعة، يكون كاذبًا، فالحيلة فى ذلك أن يقول لإنسان: أخبرنى بالشراء، ثم يقول: الآن أخبرت، ويكون صادقًا، وإن كان أخبر قبل ذلك.

قال: وفى الصغيرة إذا بلغت فى نصف الليل، واختارت نفسها، وأرادت أن تشهد على ذلك تقول: حضت الآن، ولا تقول: حضت فى نصف الليل، واخترت نفسى، فإنها لاتصدق فى اختيارها نفسها، ولكن تقول على نحو ما بينا، وتكون صادقة فى قولها: الآن حضت؛ لأن الحيضة اسم لكل دم يدور ساعة بعد ساعة.

١٣٣٣٣-وذكر محمد بن مقاتل فى "نوادره": إذا كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشترى فى الوقت المتقدم، ويخشى أنه إن أقر بذلك يحتاج إلى البينة، فقال الساعة: علمت الآن، وأنا أطلب الشفعة، يسعه أن يقول: ذلك، ويحلف على ذلك، ويستثنى فى يمينه، وقد احتج على ذلك بما ذكر فى وديعة "الأصل": إذا جحد المودع الوديعة، فحصل فى يد رب الوديعة من جنس ما أودع عنده من الدراهم له أن يأخذ بحقه، ويحلف عليه، ويستثنى فى يمينه.

إذا قال الشفيع : كنت طلبت الشفعة أمس حين علمت بالبيع ، وأنكر المشترى ذلك ، فطلب الشفيع يمين المشترى ، ذكر فى "الهارونى" و "أدب القاضى" للخصاف : أنه يحلف المشترى : ما يعلم أنه طلب شفعته ، ولم يذكر فيه خلافًا ، وذكر الفقيه على الرازى أن هذا قول أبى يوسف ، وقال محمد : أحلفه على البتات : بالله ما طلب شفعته حين بلغه الشراء ، فإن قال المشترى للقاضى : حلفه بالله لقد طلب هذه الشفعة طلبًا صحيحًا ساعة علمه بالشراء من غير تأخير ، حلفه القاضى على ذلك ، ذكره موسى بن نصر فى شفعته .

١٣٣٣٤-وإن أقام المشترى بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ، ولم يطلب الشفعة ، وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالبيع ، فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : البينة بينة المشترى ، ذكره فى "نوادر أبى يوسف" رواية ابن سماعة .

١٣٣٣٥-فى "فتاوى أبى الليث" : المشترى إذا أنكر طلب الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، فبعد ذلك ينظر إن أنكر طلبه عند سماع البيع ، يحلف على العلم : بالله ما يعلم أن الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة ؛ لأنه لا يحيط علمه به ، وإن أنكر طلبه عند لقاءه ، يحلف على البتات ؛ لأنه يحيط علمه به .

ابن سماعة فى "نوادره" : عن محمد : إذا طلب الشفيع الشفعة ، ورافعه إلى القاضى ، فالقاضى يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن ، فإن جاء به إلى هذه المدة ، وإلا أبطل شفعته .

وفى "فتاوى الفقيه أبى الليث" : الشفيع إذا طلب الشفعة ، فقال المشترى : هات الدراهم ، وخذ شفعتك ، فإن أمكنه إحضار الدراهم ، ولم يحضر ثلاثة أيام بطلت شفعته ، هكذا روى عن محمد ، قال الصدر الشهيد : والمختار أنه لاتبطل -والله أعلم- .

الفصل الرابع
فى استحقاق الشفيع كل المشترى أو بعضه

١٣٣٣٦-ابن سماعة فى "نوادره": عن أبى يوسف: دار بين قوم اقتسموها، وأصاب كل واحد منهم ناحية منها معلومة، إلا أن طريقهم واحد، ولرجل دار متلاصقة بنصيب بعضهم، فباع أحدهم نصيبه من رجل، وسلم شركاءه فى الطريق الشفعة، فللجار الملاصق لبعض نصيب هؤلاء الشفعة فى المبيع، وإن لم يكن لزيقه؛ لأن الدار واحدة.

وكذلك القرية والأرضون بين قوم، شربها من نهر أقصى فى مثله بالشفعة بيعت منها أقرحة متفرقة، أو مجتمعة، ولرجل أرض ملازقة ببعض هذه الأرضين، فإنى أقضى لهذا الجار الملازق بالشفعة فيما بيع من جميع هذه الأرضين، وإن لم تكن ملازقة؛ لأنها أرض واحدة، ولو كانت أراضى كثيرة، وقرى شربها من نهر، لا أقضى فى مثلها بالشفعة، فبيع من هذه الأرضين شيء، فلا شفعة للجار إلا فيما يلازقه.

فرع على المسألة الأولى: فقال: ولو كان الذى بيع منها قراحين يلى أحدهما صاحبه، وعلى كل قراح حائط محيط به، ولأحد القراحين جار ملازق، فله الشفعة فيها، وإن كان الذى بيع بساتين، وعلى كل بستان حائط به، وله باب على حدة، ولرجل أرض يلى أحد البساتين، فإن له الشفعة فى البستان الذى يليه، ولا شفعة له فى الآخر، وفرق بين البستانين والقراحين، وروى ابن سماعة: عن أبى يوسف الجواب فى مسألة البستانين بخلاف هذا، فقال له: الشفعة فى البستانين جميعًا، قال فى هذه الرواية، ولا يشبه البستانين فى القرى الدور فى الأمصار [فإنه لو كان لرجل دور يلى بعضها بعضًا، فباعها، فللشفيع الشفعة فى الدار التى تليها][(١)].

قال أيضًا فى هذه الرواية: والبساتين فى المصر بمنزلة الدور عنه، وإذا كان له داران

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

فى قرية باعهما، وأرض من أراضى تلك القرية معهما، وله جار يلى إحدى هاتين الدارين، فلهذا الجار أن يأخذ الدارين والأرض، وإن كان لو باع الدارين بانفرادهما، فالشفيع لا يأخذ منهما إلا التى تليه، وجعل بيع الدار مع الأرض بمنزلة بيع القرية وأرضها.

وعنه: رجل له بستان عليه حائط وباب، فباع بستانه وأرضين خلف البستان، ولرجل قطعة أرض إلى جانب الحائط الذى على البستان، فالشفعة له فى البستان والأرض المتصلة.

١٣٣٣٧-وعنه: إذا كان للرجل دور هدمها، وجعلها دارًا واحدة، أو جعلها أرضًا، وباعها، فللشفيع الشفعة فى جميع ذلك؛ لأنها صارت دارًا واحدة.

هشام قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن حوانيت ثلاثة يلى بعضها بعضًا، وباب كل واحد إلى الطريق الأعظم، ولرجل إلى جانب حانوت منها حانوت، فبيع الحوانيت الثلاثة، فجاء الشفيع يطلب الشفعة، فله الشفعة فى ذلك كلها، قال: وهى بمنزلة البيوت فى دار واحدة.

قلت: فإن باع صاحب الحوانيت حانوتًا واحد، باع الأوسط منها، وهو لايلى حانوت ذلك الرجل، قال: له أن يأخذه بالشفعة.

١٣٣٣٨-صورة مسألة البيوت فى دار واحدة: رجل له بيتان فى دار، يلى أحد البيتين الآخر، ولا طريق لهما إلا فى الدار، ويلى أحد البيتين دار رجل، فباع صاحب البيتين البيتين، فلصاحب الدار أن يأخذهما جميعًا، ولو كان البيتان المتفرقان أحدهما فى ناحية من الدار، والآخر فى ناحية أخرى من الدار، ولا يلى أحدهما الآخر، فباع صاحب البيتين البيتين، فإن الشفعة للشفيع فى البيت الذى يليه، دون الآخر.

قال هشام أيضًا: سألت محمدًا عن دار فيها بستان، وطريق البستان فى هذه الدار ليس للبستان طريق آخر، وعلى الدار والبستان حائط واحد محيط بهما، فباع الدار والبستان صاحبهما، قال: هما بمنزلة الدارين، من يلى البستان فله الشفعة فى البستان، دون الدار، ومن يلى الدار فله الشفعة فى الدار دون البستان.

قال هشام أيضًا: سألت محمدًا عن عشرة أقرحة متلازقة لرجل يلى أحد منها

أرض إنسان، فبيع العشرة الأقرحة، فللشفيع أن يأخذ القراح الذى يليه، وليس له فى بقيتها شفعة؛ لأن كل قراح على حدة، وإن لم يكن بينهما طريق، وكذلك لو كانت قرية خالصة لرجل، باعها بدورها وكرومها وأراضيها، وناحية منها تلى أرض البستان، فالشفيع يأخذ القراح الذى يليه.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٣٣٩ -إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى، دون البعض، يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أن المشترى إذا كان واحدًا، والبائع واحد، وقد اشترى الدار بصفقة واحدة أنه ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض دفعًا للضرر عن المشترى، يعنى به ضرر عيب الشركة، وإن كان المشترى واحدًا، والبائع اثنان أو ثلاثة، وقد اشترى الدار صفقة واحدة، فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر، وإن كان المشترى اثنين، أو ثلاثة، والبائع واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، والفرق أن المشترى إذا كان اثنين، فليس فى أخذ نصيب أحدهما ضرر عيب الشركة لا على المشترى، ولا على البائع، أما على المشترى فلأن الشفيع يأخذ تمام نصيبه، وأما على البائع فلأن أحد النصيبين يصير للشفيع، والنصيب الآخر يبقى للمشترى الآخر، فأما إذا كان البائع اثنين، والمشترى واحدًا، ففى أخذ المشترى نصيب أحد البائعين ضرر عيب الشركة على المشترى فى الباقى.

وهذا بخلاف ما لو اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن كان يلحق المشترى ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة.

قال "القدورى" فى شرحه: وقد روى عنهم بخلاف هذا، فإنه روى عنهم أن البائع إذا كان اثنين، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن قبل القبض التملك يقع على البائع، وقد أخذ جميع ما خرج عن ملكه، وبعد القبض التملك يقع على المشترى، فيلحقه ضرر عيب الشركة فى الباقى.

وروى عنهم: أن المشترى إذا كان اثنين، لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك يقع على البائع، فتفرق عليه الصفقة، وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن التملك يقع على المشترى، وقد أخذ منه جميع ملكه.

قال القدورى: وسواء سمى لكل نصف ثمنًا، أو كان الثمن جملة واحدة، فالعبرة لاتحاد الصفقة دون الثمن.

وكذلك لو كان الشراء بوكالة، فوكل رجل رجلين، فاشتريا، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين، والوكيل رجلا واحدًا، لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين.

والحاصل أن على "ظاهر الرواية" ينظر فى مثل هذه المسائل إلى المشترى، فإن كان المشترى واحدًا، اشترى الدار لنفسه، أو لجماعة بتوكيلهم إياه، والبائع واحد، وقد اشترى بصفقة واحدة، فليس للشفيع إلا أن يأخذ الكل، أو يدع الكل، ولو كان المشترى جماعة، اشتروا لأنفسهم، أو لواحد بتوكيله إياهم بصفقة واحدة، أو متفرقة، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

وإذا كان المشترى واحدًا، والبائع اثنين، فطلب الشفيع نصيب أحدهما مع أنه ليس له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر، هل يكون على شفعته بما صنع؟ ذكر فى آخر شفعة "الأصل": أنه على شفعته، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا الجواب محمول على ما إذا وجد منه طلب المواثبة، وطلب الإشهاد فى الكل، ثم أراد أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأن طلب[1] التمليك فى النصف لا يربو على شركة فى الكل، وشركته فى الكل لا تبطل شفعته عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أصلا، وعندهما إلى شهر، وهو المختار، ففى النصف أولى، فأما إذا طلب المواثبة، وطلب الإشهاد فى النصف، يبطل شفعته؛ لأنه اجتمع ما يوجب بطلان شفعته، وما يمنع بطلانها؛ لأن طلب الشفعة فى النصف طلب فى الكل؛ لأنها لاتتجزأ، فقد وجد الطلب فى الكل من هذا الوجه، وإنه يوجب بقاء شفعته، وترك الطلب فى النصف ترك الطلب فى الكل؛ لأنها لا تتجزأ، وإنه يوجب بطلان شفعته فى الكل، فكان حقه[2] فى الشفعة بين القائم والساقط، فلا

(١) وفى "ف": لأن ترك طلب التمليك.

(٢) وفى "ف": فكان حقه فى أحق الشفعة.

يصلح للتمليك، وإنه غير ثابت؛ لأن غير الثابت لا يثبت بالشك، وقال بعضهم: هذا الجواب محمول على إطلاقه، فإذا طلب طلب المواثبة والإشهاد فى النصف، لاتبطل شفعته؛ لأنه اجتمع ما يوجب بقاء شفعته [وما يوجب بطلان شفعته، وإنها كانت ثابتة، فلا تبطل بالشك][1].

١٣٣٤٠-وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، وأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس له ذلك، وكذلك لو كانت أرضين، وقرية وأرضها، أو قريتين وأرضيهما، وهو شفيع ذلك كله، فإنما له أن يأخذ جميع ذلك، أو يدعه، وسواء كانت الداران متلازقين، أو غير متلازقين فى مصرين، أو قريتين بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة.

فى آخر شفعة "الكافى": ونص على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فى مثل هذه المسألة.

فى الشفعة للحسن بن زياد: فإن كان الشفيع شفيعًا لإحداهما، وقد وقع البيع صفقة واحدة، ذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه يأخذ الدار التى هوشفيعها فى "ظاهر الرواية" وروى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: رواية شاذة أنه ليس له ذلك، إما أن يأخذهما أو يتركهما، وعلى هذه الرواية قال أبو حنيفة: لو اشترى المشترى الدار مع متاع فيها صفقة واحدة، فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع، أو يدع الكل، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه كان أبو حنيفة يقول أولا: له أن يأخذهما جميعًا، أو يدع، ثم رجع، وقال: لا يأخذ واحدة منهما، ثم رجع، وقال: يأخذ التى هو شفيعها خاصة، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

فى الشفعة للحسن بن زياد فى مثل هذه المسألة: أن الشفيع يأخذ الكل، أو يدع الكل، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقد ذكرنا قول أبى يوسف فى ابتداء الفصل فى القراحين والبساتين، وذكرنا قول محمد رحمه الله تعالى فى الأقرحة والحوانيت -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الخامس
فى الحكم فى الشفعة والخصومة فيها

١٣٣٤١-قال محمد رحمه الله تعالى : و لا ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن ، وإن طلب أجلا ، أجّله يومين أو ثلاثة ، ولم يقض له بالشفعة ، وإن قضى بالشفعة ، نفذ قضاءه ، ولا ينقض حتى لو أبى الشفيع أن ينقد الثمن حبسه القاضى .

وفى "المنتقى" : قال هشام عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الشفيع للقاضى : اقض لى بالشفعة ، ودعها على حالها من غير أن تسلم إلىّ حتى آتيك بالمال ، لم يفعل ذلك .

وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرح كتاب الشفعة : أن القاضى يقضى بالشفعة ، وإن لم يحضر الشفيع الثمن فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، ويكون للمشترى حق الإمساك إلى أن يستوفى الثمن .

قال "القدورى" : وقد روى الحسن عن أبى حنيفة مثل قول محمد رحمه الله تعالى : إن القاضى لا يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن .

١٣٣٤٢-وإذا رفع الشفيع الأمر إلى القاضى ، وطلب منه أن يقضى له بالشفعة ، فهذا على وجهين : إن كانت الدار فى يد البائع ، فالقاضى لا يسمع خصومته ، ولا يقضى له بالشفعة إلا بحضرة البائع والمشترى ؛ لأن اليد للبائع ، والملك للمشترى ، فكان القضاء متعرضًا للحقين ، فلا بد من حضرتهما ، وإن كانت الدار فى يد المشترى ، فالخصم هو المشترى وحده بشرط حضرته ، ولا يشترط حضرة البائع ؛ لأنه ليس له ملك ، ولا يد ، وكان كالأجنبى ، فإن أخذ الدار من المشترى ، فعهدته وضمان ماله على المشترى ، وإن أخذها من البائع ، فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا ؛ لأن بالأخذ من البائع ينتقض العقد الذى جرى بين البائع والمشترى ، ويقع التملك على البائع ، وهو المذهب عند

علماءنا رحمهم الله، ومعنى انتقاض البيع فيما بين البائع والمشترى الانتقاض فى حق الإضافة إليه، فإن قول البائع للمشترى: بعت هذه الدار إيجاد البيع، وقوله: منك إضافة إليه، فإذا أخذها الشفيع بالشفعة تقدم على المشترى [فصار ذلك البيع مضافًا إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى المشترى، وانتقضت الإضافة إلى المشترى][(١)].

ونظيره فى المحسوسات: من رمى سهما إلى رجل، فتقدم عليه غيره، فأصابه السهم، فالرمى فى نفسه لم ينقطع، ولكن التوجيه إلى الأول قد انقطع بتخلل هذا الثانى.

وروى أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن المشترى إن كان نقد الثمن، ولم يقبض الدار حتى قضى القاضى للشفيع بحضرتهما، فإنه يقبض الدار من البائع، وينقد الثمن للمشترى، وعهدته على المشترى، وإن كان لم ينقد الثمن، دفع الشفيع الثمن إلى البائع، وعهدته على البائع.

فلو أن الشفيع فى هذه الصورة وجد بالدار عيبًا، فردها على البائع أو على المشترى بقضاء القاضى، فأراد المشترى أن يأخذها بشراءه، صح له ذلك، وإن أراد البائع أن يردها على المشترى بحكم ذلك الشراء، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها، وإن شاء تركها، قال من قبل القضاء الذى حدث للشفيع فيها.

فإن أخذ الشفيع الدار من المشترى، وأراد أن يكتب كتابًا على المشترى ليكون وثيقة للشفيع على المشترى له ذلك.

ويحكى فى الكتاب شراء المشترى أولا، ثم يرتب عليه الأخذ بالشفعة؛ لأن الشفعة إنما تثبت فيما ملك بجهة الشراء، فيحكى المشترى أولا، حتى لا ينكر المشترى تملكه من جهة بائعه بالشراء يومًا من الدهر.

ويأخذ الشفيع من المشترى كتاب شراءه الذى كتب على بائعه، وإن أبى المشترى أن يدفع ذلك إليه، فله ذلك؛ لأن الكاغذ ملك المشترى، ولكن ينبغى للشفيع أن يحتاط لنفسه، فيشهد قومًا على تسليم المشترى الدار إليه بالشفعة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وإن كان الشفيع أخذ الدار من البائع يكتب كتابًا على البائع على نحو ما يكتب لو أخذه من المشترى، ويكتب فى هذا الكتاب إقرار المشترى، أنه سلم جميع ما فى هذا الكتاب، وأجازه، وأقر أنه لا حق له فى هذه الدار ولا فى ثمنها.

١٣٣٤٣-وإذا وقع الشراء بثمن مؤجل إلى سنة مثلا، فحضر الشفيع، وطلب الشفعة، وأراد أخذها إلى ذلك الأجل، فليس له ذلك إلا برضى المأخوذ منه، ويقول القاضى له: إذا لم يرضَ المأخوذمنه، إما أن ينقد الثمن حالا، أو يصبر حتى يحل الأجل، فإن نقد الثمن حالا، وكان الأخذ من البائع يسقط الثمن عن المشترى، وإن نقد الثمن حالا، وكان الأخذ من المشترى يبقى الأجل فى حق المشترى على حاله، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشترى قبل محل الأجل، وإن صبر حتى حل الأجل، فهو على شفعته، ولكن ينبغى أن يطلب الشفعة فى الحال على ما هو ظاهر الرواية، وهذا كله إذا كان الأجل معلومًا، فأما إذا كان مجهولا، نحو الحصاد والدياس، وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجّل الثمن، وآخُذها لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد.

١٣٣٤٤-فى "المنتقى": دار بيعت ولها شفيعان جاران، وأحدهما غائب، فخاصم الحاضر المشترى إلى قاضٍ لا يرى الشفعة بالجوار، فقال له: لا شفعة لك، أو قال: أبطلت شفعتك، ثم قدم الشفيع الآخر، وخاصم المشترى إلى قاضٍ يرى الشفعة بالجوار، فإنه يقضى له بجميع الدار، وإن طلب الأول القضاء من هذا القاضى، فالقاضى لا يقضى له بشيء؛ لأن قاضيًا من القضاة قد أبطل حقه، فإن كان القاضى الأول قال للشفيع الأول: أبطلت شفعتك، وقضيت بإبطال الشفعة فى هذه الدار لكل جار، فإن هذا خطأ منه، وإنه قضاء على الغائب، فهو يجوز على ما يجوز عليه القضاء على الغائب.

١٣٣٤٥-وفيه أيضًا: رجل اشترى من آخر دارًا بألف درهم، وباعها من رجل آخر بألفى درهم، وسلمها، ثم حضر الشفيع، وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول، قال أبو يوسف: يأخذها من الذى هى فى يديه، ويدفع إليه ألف درهم، ويقال له: أطلب صاحبك الذى باعك، فخذ عنه ألفًا أخرى.

وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : إذا حضر الشفيع ، وقد باع المشترى الدار وسلمها وغاب ، وأراد أن يأخذها بالبيع الأول ، فلا خصومة بينه وبين المشترى الآخر ، فالحاصل أن الشفيع لو أراد أخذها بالبيع الأول ، يشترط حضرة المشترى الأول عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى ، وفى قول أبى يوسف : لايشترط حضرته ، وإن أراد أخذها بالبيع الثانى ، لا يشترط حضرة المشترى الأول بلا خلاف .

١٣٣٤٦-وإذا قضى القاضى للشفيع بالشفعة ، وضرب له أجلا ، وقال : إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا ، فلا شفعة لك ، فلم يأتِ به بطلت شفعته ، وكذلك إذا قال المشترى : ذلك للشفيع ، فإن جاء بالدنانير ، والثمن دراهم ، فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : لا تبطل شفعته ، وبعضهم توقف فى الجواب ، فيفتى أنه لا تبطل شفعته ، وكذلك إذا قال الشفيع : إن لم أعطِ الثمن إلى وقت كذا ، فأنا بريء من الشفعة ، فهو صحيح ، ويبطل حقه إن لم يعطِ الثمن إلى ذلك الوقت .

فى " القدورى " : فى " المنتقى " : بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أن قول الشفيع : لا حق لى عند فلان ، براءة عن الشفعة .

رجل فى يده دار ، جاء رجل ، وادعى أن صاحب اليد اشترى الدار من فلان ، وأنا شفيعها ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا أودعها إياه ، يقضى القاضى للشفيع بالشفعة ؛ لأن صاحب اليد انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه ، وهو شراءه هذه الدار من فلان ، وفى مثل هذا لا يندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثباته أن يده يد وديعة .

ولو كان الشفيع لم يدع الشراء على صاحب اليد ، إنما ادعاه على رجل ، وصورته : أن يقول لصاحب اليد : إن هذا الرجل -وأشار إلى غير صاحب اليد- اشترى هذه الدار من فلان بكذا [وقبضها][1] ، ونقد الثمن ، وأنا شفيعها ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا أودعها إياه ، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب ؛ لأن صاحب اليد ههنا انتصب خصمًا بحكم ظاهر اليد ، لا بدعوى الفعل عليه ، وفى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

مثل هذا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثباته أن يده يد وديعة .

١٣٣٤٧ -وإذا وقع الشراء بالجياد، ونقد المشترى الزيوف، فالشفيع يأخذ بالجياد؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بما وقع الشراء به، والشراء وقع بالجياد.

وفى "واقعات الناطفى": إذا وقع الشراء بما هو من ذوات الأمثال، فالشفيع يأخذ بمثله، وإذا وقع بما هو من ذوات القيمة، فالشفيع يأخذ بقيمة ذلك الشىء، ويعتبر قيمة ذلك الشىء وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة -والله أعلم- .

الفصل السادس
فى الدار إذا بيعت ولها شفعاء

١٣٣٤٨ - إذا كان للدار شفيعان، فسلم أحدهما، فإن كان قبل قضاء القاضى بالشفعة بينهما نصفين، أخذ الرجل الآخر كل الدار، أو ترك، ليس له غير ذلك.

يجب أن يعلم بأن الشفعاء إذا اجتمعوا، فحق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابت فى جميع الدار حتى إنه إذا كان للدار شفيعان، سلم أحدهما الشفعة قبل الآخر، وقبل القضاء، كان للآخر أن يأخذ الكل؛ لأن قبل الإسقاط والقضاء وجد فى حق كل واحد منهما سبب ثبوت حق الشفعة فى كل الدار، وأمكن الجمع بينهما؛ لأن الجمع بينهما ليس إلا الجمع بين حقين فى عين واحد كملا لفائدة أن أحدهما متى ترك، يأخذ الآخر الكل، فهذا جائز، كما لو رهن داره من رجلين، فإنه يصير راهنًا كل العين من كل واحد منهما بجميع دينه، حتى لو قضى دين أحدهما، كان للآخر أن يحبس الكل بدينه، وبعد الاستيفاء أو بعد القضاء يبطل حق كل واحد منهما عما قضى لصاحبه، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان، وقضى القاضى بالدار بينهما، ثم سلم أحدهما نصيبه، لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه، وهذا لأن القاضى لما قضى بالدار بينهما، صار كل واحد منهما مقضيًا عليه من جهة صاحبه عما قضى به لصاحبه، فتبطل شفعته فيما قضى به لصاحبه ضرورة.

١٣٣٤٩ - وإذا كان بعض الشفعاء أقوى من البعض، فقضى القاضى بالشفعة للقوى، بطل حق الضعيف، حتى إنه إذا اجتمع الشريك والجار، وسلم الشريك الشفعة [قبل القضاء له، كان للجار أن يأخذ بالشفعة للشريك، ولو قضى القاضى بالداء للشريك، ثم سلم الشريك الشفعة][1]، فلا شفعة للجار.

١٣٣٥٠ - وإذا حضر بعض الشفعاء، وغاب البعض، فللشفيع الحاضر أن يأخذ

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كل الدار؛ لأن حق الحاضر فى كل الدار ثابت بصفة التأكيد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب، وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر، وحق الغائب لم يتأكد بعد، والحق المتأكد لا يؤخر لحق غير متأكد، ومتى وقع الاستيفاء من الحاضرين، فإنما يبطل من حق الغائب ما كان يبطل لو كان حاضرًا، أما الزيادة فلا، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان، أحدهما حاضر، والآخر غائب، وقضى القاضى للحاضر بكل الدار، كان له أن يأخذ النصف.

وإذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض، لم يصح الجعل، وسقط حقه، وقسمت على عدد من بقى؛ لأن نقل الحق فى الشفعة لا يستقيم لما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ولكن سقط حقه بدلالة الإعراض، فبقى حق الباقين.

١٣٣٥١-وإذا قضى القاضى للحاضر بكل الدار، ثم حضر آخر، وقضى له بالنصف، ثم حضر آخر، قضى له بثلث ما فى يد كل واحد منهما حتى يصير مساويًا لهما، فإن قال الذى قضى له بكل الدار أو للثانى: أنا أسلم الكل، فإما أن تأخذ الكل أو تدع، فليس له ذلك، وللثانى أن يأخذ النصف، هكذا ذكر القدورى.

ولو كان الشفيع الحاضر لم يأخذ الدار [من المشترى بالشفعة، ولكن اشترى الدار منه، ثم حضر الغائب، فإن شاء أخذ الدار][1] كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثانى، أما بالبيع الأول فلأن الحاضر أسقط حقه فى الشفعة لما أقدم على الشراء، وخرج من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل، وأما بالبيع الثانى فلأن شريك المشترى أعرض عن الشفعة، حيث أقدم على الشراء، ومع الإعراض لايثبت له حق الشفعة، فخرج هو من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفى المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة فى البيع الثانى إنما يثبت بعد تمام البيع الثانى، فلا يبطل بالإعراض قبله، والجواب: هو معرض بالشراء الثانى، فلايثبت له بسبب هذا الشراء هذا الحق مع تضمّن هذا الشراء الإعراض[2]، بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراءه لم يتضمن إعراضًا؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "م": للإعراض.

ولو كان المشترى الأول شفيعًا للدار، فاشتراها الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثانى؛ لأن المشترى الأول لم يثبت له حق قبل الشراء، حتى يكون بشراءه معرضًا عنه، فبقى هو شفيعًا بالبيع الأول، فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما العقد الثانى فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع الأول، فإذا اشترى سقط حقه عن البيع الأول، ولم يتعلق بعقده حق مع كونه معرضًا، فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع الثانى.

الفصل السابع
فى إنكار المشترى جوار الشفيع وما يتصل به

١٣٣٥٢-فى "المنتقى": قال هشام: سألت محمداً عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار فى يديه يزعم أنها له، فقال المشترى: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرنى أن أبا حنيفة كان يقول: على الشفيع البينة، يعنى القاضى لا يقضى للشفيع بالشفعة ما لم يقم البينة أن الدار التى فى يديه داره. وقال أبو يوسف: إذا كان فى يده، فله الشفعة بها. قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك؟ قال: القياس ما قاله أبو حنيفة.

وفى "الأجناس": بيّن كيفية الشهادة، فقال: ينبغى أن يشهدوا أن هذه الدار التى بجوار الدار المبيعة ملك هذا الشفيع قبل أن يشترى هذا المشترى هذه الدار، وهى له إلى هذه الساعة، لا يعلمها خرجت عن ملكه، ولو قالا: إن هذه الدار لهذا الجار، لا يكفى.

وفى "الحاوى": لو شهدوا أن الشفيع كان اشترى هذه الدار من فلان، وهى فى يده، أو وهبها منه، وقبضها، فذاك يكفى.

فلو أراد الشفيع أن يحلف المشترى بالله، فله ذلك، ذكر هذا التفريع فى "واقعات الناطفى" لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، بعد هذا قال محمد: يحلف على البتات، وقال أبو يوسف: يحلف على العلم بالله ما تعلم أن هذه الدار ملك فلان؛ لأن هذا تحليف على ملك دار ليست فى يديه، وبه أخذ الصدر الشهيد.

فى "المنتقى" أيضاً: ابن سماعة فى "نوادره": عن أبى يوسف: فى رجل فى يديه دار، أقام رجل بينة أن هذه الدار كانت فى يد والده، وأن والده مات وهذه الدار فى يده، قال: أجعلها للذى أقام البينة، فإن جاء الذى يطلب شفعة دار إلى جنبه، لم أقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على ذلك.

١٣٣٥٣-فى آخر الباب الأول من "المنتقى": دار فى يدى رجل أقر أنها لآخر،

فبيعت إلى جنبها دار، وجاء المقر له يطلب الشفعة بإقراره الذى أقر له به، فلا شفعة له فيها حتى يقيم البينة أن الدار داره.

وفى الباب الثالث منه: رجل اشترى دارًا، ولها شفيع، فأقر الشفيع أن داره التى بها الشفعة لآخر، فإن سكت عن الشفعة، ولم يطلبها بعد، فلا شفعة للمقر له، وإن كان طلب الشفعة، فللمقر له الشفعة؛ لأن فى الوجه الأول الشفيع يريد أن يوجد بإقراره حقًّا لم يكن، ولا كذلك فى الوجه الثانى.

قد ذكرنا فى الفصول المتقدمة أن الشريك فيما تحت الحائط من الأرض أولى بشفعة بقية الدار من الجار، فإن جاء صاحب الدار أقر أن الحائط بينه وبين هذا الرجل، لم أجعل له بهذا شفعة، بمنزلة دار فى يدى رجل أقر أنها لآخر، فإنه لايستحق المقر له بهذا الإقرار الشفعة، كذا ههنا.

وذكر الخصاف فى إسقاط الشفعة أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشترى، ثم باع منه بقية الدار، فالجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشترى شريك بالسهم المقر به، وكان أبو بكر الخوارزمى يخطئ الخصاف فى هذا، ويفتى بوجوب الشفعة للجار؛ لأن الشركة لا تثبت إلا بإقراره، وكان يستدل بمسألة الحائط -والله أعلم-.

الفصل الثامن
فى تصرف المشترى فى الدار المشفوعة قبل حضور الشفيع

١٣٣٥٤-إذا اشترى الرجل دارًا، أو أرضًا، وبنى فيها بناء، أو غرس غرسا، ثم حضر الشفيع، وطلب الشفعة، أمر المشترى برفع بناءه وغرسه، وتسليم الساحة إلى الشفيع[1].

وروى عن أبى يوسف: أنه يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس الذى أخذ به، أو ترك، والوجه لظاهر الرواية أنه بنى على محل تعلق به حق الغير، ولم يبطل حقه بتصرفه، فكان له أن ينقضه، كالمشترى إذا باع من غيره، أكثر ما فيه أن نقض البناء ضرر للمشترى إلا أن المشترى هو الذى أضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق الغير، وعلى هذا إذا اشترى أرضًا وزرعها.

١٣٣٥٥-وفى "العيون": اشترى دارًا وصبغها بأشياء كثيرة، ثم جاء الشفيع، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالشفعة، وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء ترك، قال الصدر الشهيد فى "واقعاته": وفيه نظر، فإن المشترى إذا بنى فى الدار المشفوعة بناء، كان للشفيع أن ينقض البناء، ويأخذ الدار، ويعطيه ما زاد فيها.

قيل: إن كان المذكور فى "العيون" عن محمد، فدعوى النظر صحيح، وإن كان عن أبى يوسف، فدعوى النظر لا يصح، فإن الجواب فى مسألة البناء على إحدى الروايتين عن أبى يوسف هكذا، وقيل: يجوز أن يفرق محمد بين البناء وبين الصبغ؛ لأن البناء إذا نقض لايلحق الضرر للمشترى فيه؛ لأنه يسلم النقض، ولا كذلك إذا نقض الصبغ.

وإذا اشترى الرجل دارًا، وهدم بناءها، أو هدمها أجنبى، أو انهدم بنفسه، ثم جاء الشفيع، قسم الثمن على قيمة البناء مبنيًا، وعلى قيمة الأرض، فما أصاب الأرض

(١) وفى النسختين "ف" و"م": المشترى.

أخذها الشفيع بذلك، معنى المسألة إذا انهدم البناء وبقى النقض على حاله، وهذا لأن حق الشفيع فى البناء تبعًا، وقد بطل ذلك الحق عن البناء بالهدم والانهدام؛ لأنه صار نقليًا، فمتى قلنا: إن الشفيع يأخذ الأرض بجميع الثمن يبقى بعض المبيع فى يد المشترى بلا ثمن، وهذا لا يجوز، إلا أنه إذا انهدم بفعل المشترى، أو بفعل الأجنبى، يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيًا، وإذا انهدم بنفسه، يقسم الثمن على قيمته مهدومًا؛ لأن بالهدم دخل فى ضمان الهادم، فيعتبر القيمة على الوصف الذى دخل فى ضمانه، وبالانهدام لم يدخل فى ضمان أحد، فيعتبر قيمته على الحالة التى هو عليها مهدومًا، حتى إنه إذا كان قيمة الساحة خمسمائة، وقيمة البناء خمسمائة، فانهدم البناء، وبقى النقض، وهو يساوى ثلاثمائة، فالثمن يقسم على قيمة الساحة خمسمائة، وعلى قيمة النقض ثلاثمائة أثمانًا، فيأخذ الشفيع الساحة بخمسمائة أثمان الثمن، ولو احترق البناء، أو ذهب به السيل [ولم يبقَ شىء من النقض، يأخذ الشفيع الساحة بجميع الثمن؛ لأنه لم يبقَ فى يد المشترى شىء له ثمن، ولو انهدم البناء، أخذ الشفيع ما بقى بحصته من الثمن، بخلاف ما لو احترق البناء، أو ذهب به السيل][1].

ولو لم يهدم المشترى البناء، ولكن باعه من غيره من غير أرض، ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض البيع، أو يأخذ الكل؛ لأنه ما دام متصلا فحق الشفيع متصل به، فكان له إبطال تصرف المشترى، وكذلك النبات والنخل فى الأرض والثمر والنخل الموجود وقت البيع ما لم يزايل الأرض، فالشفيع أولى به بالثمن الأول، وما زايل الأرض بفعل المشترى، أو بفعل الأجنبى، يقسم الثمن على قيمته صحيحًا، وعلى قيمة الأرض، وإن زايل الأرض لا بفعل أحد ولم يهلك، يعتبر قيمته ساقطًا، وإن هلك الثمن من غير صنع أحد، ولم يبقَ منه شىء سقط حصته من الثمن، بخلاف البناء؛ لأن الثمر مبيع مقصودًا، ألا يرى أنه لا يدخل فى البيع إلا بتسميته، فثبت له الحصة لا محالة، أما البناء تبع، فلا تثبت له الحصة إلا إذا صار مقصودًا.

١٣٣٥٦ - وإذا جعل المشترى الدار المشتراة مسجدًا، أو مقبرة، ثم حضر الشفيع، قضى له بالشفعة، وله أن ينقض المسجد، وينبش الموتى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

يجب أن يعلم أن تصرف المشترى فى الدار المشفوعة صحيح إلى أن يحكم بالشفعة للشفيع، وله أن يبيع، وأن يؤاجر، ويطيب له الثمن والأجر، وكذا له أن يهدم، وما أشبه ذلك من التصرفات؛ لأن نفاذ التصرف وإطلاقه يعتمد الملك، وأنه ثابت للمشترى، والثابت للشفيع حق الأخذ، فقبل الأخذ لا حق له فى المحل أصلا، فلهذا تجوز تصرفاته، ويطلق فيها، غير أن للشفيع أن ينقض كل تصرف إلا القبض، وما كان من تمام القبض، ألا يرى أن الشفيع لو أراد أن ينقض قبض المشترى ليعيد الدار إلى يد البائع، ويأخذها منه، لا يكون له ذلك، وكذلك لايملك نقض قسمة المشترى، حتى إن من اشترى نصف دار غير مقسوم، وقاسم المشترى البائع، ثم حضر الشفيع، ليس له أن ينقض قسمته، سواء كانت القسمة بحكم، أو بغير حكم؛ لأن القسمة من تمام القبض، لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص.

وذكر فى "واقعات الناطفى": أن القسمة إذا كانت بحكم، ففى نقض القسمة عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه روايتان، قال الصدر الشهيد فى "واقعاته": والمختار أنه لا ينقض، وإنما جاء الفرق بين القسمة والقبض وسائر التصرفات؛ لأنه ليس فى القبض والقسمة إبطال حق الشفيع [لأن حق الشفيع فى الأخذ بمثل الثمن الأول، وبعد القبض والقسمة يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول، فأما فى سائر التصرفات إبطال حق الشفيع][1]؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشترى الأول إلا بعد إعادته إلى ملك المشترى الأول، ولا يمكنه إعادته إلى ملك المشترى الأول إلا بنقض تصرفاته.

ذكر القدورى فى شرحه: روى عن أبى حنيفة: أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذى أصاب المشترى إذا وقع فى جانب الدار المشفوع بها؛ لأنه إذا وقع فى غير جانبه، وليس له نقض القسمة، لا يكون جارًا، فلا يستحق الشفعة.

١٣٣٥٧–وفى "القدورى": الدار إذا كانت مشتركة بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل، وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع، ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض القسمة.

فى "العيون": رجلان اشتريا دارًا، وهما شفيعان، ولها شفيع ثالث، فاقتسماها،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و "م".

ثم جاء الثالث، فله أن ينقض القسمة، اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء.

١٣٣٥٨-وفى "فتاوى الفضلى": رجل اشترى أرضًا قيمتها مائة بمائة، ورفع منها التراب، وباعه بمائة، ثم جاء الشفيع، وطلب الشفعة، أخذ الأرض بنصف المائة، وهو خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب، وعلى قيمة التراب الذى باعه، وقيمتها سواء، فيقسم الثمن عليهما نصفين.

١٣٣٥٩-ولو كبس المشترى الأرض، فأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع، ثم حضر الشفيع، يقال للمشترى: ارفع عنها ما أحدثت؛ لأن ذلك ملك المشترى، ثم الجواب كما وصفنا من قبل، وفى "الكيسانيات" يمنع المشترى عن هدم البناء، وحفر البئر ونحوه.

١٣٣٦٠-وفى "القدورى": لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع، وقاسمه بأمر القاضى، ثم حضر الشفيع، ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشترى، فإن هذا لا يبطل شفعة الشفيع؛ لأن القسمة تصرف من المشترى، فلا يبطل بها حق الشفيع، ولو كان البائع باع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى، ثم طلب الشفيع، فإن قضى بالأخيرة، جعلها بينهما، يعنى بين المشترى الأول وبين الشفيع؛ لأنهما جاران لهذه البقعة، وقضى بالأولى للمشترى الأول، وإن بدأ، فقضى بالأول للشفيع، قضى بالأخيرة له أيضًا؛ لأنه لم يبقَ للمشترى الأول حق يأخذ به الشفعة.

١٣٣٦١-فى "المنتقى": رجل اشترى من رجل دارًا بألف، وباعها من رجل بألفين، فعلم الشفيع بالبيع الثانى، ولم يعلم بالبيع الأول، فخاصم فيها، وأخذها بالشفعة الثانى بحكم أو بغير حكم، ثم علم بالبيع الأول، ليس له أن ينقض أخذه الأول، وقد بطلت شفعته فى البيع الأول.

وكذلك لو باعها صاحبها من رجل بألف درهم، ثم إن المشترى ناقضه البيع فيها وردها، ثم إن الشفيع اشتراها من ربها بألفين، وهو لا يعلم ببيعها، أى الدار إياها قبل ذلك، ثم علم به، لم يكن له أن ينقض شراءه.

١٣٣٦٢-فى "الأصل": اشترى الرجل دارًا انهدم بناءها، ثم بنى فأعظم النفقة، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة، ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء الذى كان فيها يوم

اشتراها، فما أصاب البناء يسقط عن الشفيع، وما أصاب العرصة يأخذها، وينقض بناء المشترى الذى أحدث فيها، وهذا قول "ظاهر الرواية".

وعلى ما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى على ما بينا فى ابتداء هذا الفصل، لاينقض بناء المشترى، ولكن يغرم قيمة ما بناه المشترى إن شاء، وإن شاء ترك -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل التاسع
فى تسليم الشفعة

١٣٣٦٣–تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح، وبعده صحيح، علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، وعلم من أسقط إليه هذا الحق، أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة حق، ألا يرى أنه يصح من غير قبول، ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق، أما لا يعتمد على علم المسقط، ولا علم المسقط إليه، كالعتاق والطلاق.

١٣٣٦٤–ثم تسليم الشفعة لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن سلم الشفعة على مال سوى الدار التى وجب فيها الشفعة، وفى هذا الوجه التسليم جائز، والمال لايجب؛ لأن هذا اعتياض عن حق التملك؛ لأنه لا حق للشفيع فى الدار، وإنما له حق أن يأخذ الدار، فالاعتياض عن مجرد حق التملك لا يجوز، ولأن حق الشفعة أمر عرف بخلاف القياس، فلا يظهر ثبوته فى حق جواز الاعتياض عنه.

١٣٣٦٥–وإما إن سلم الشفعة على أن يأخذ ثلثًا، أو نصفًا منها، وفى هذا الوجه التسليم جائز، وهذا ظاهر، والأخذ جائز أيضًا؛ لأنه أخذ شيئًا معلومًا من الدار، وهو النصف أو الثلث بثمن معلوم؛ لأن ثمن نصف الدار، أو ثلثه معلوم بيقين، فيكون أخذ هذا النصف بحكم الشفعة، لا بحكم شراء مبتدأ بدليل ما ذكر فى الكتاب: لو كان لهذه الدار جار، أخذ الجار منه نصف هذا النصف، ولو كان هذا تسليمًا فى كل الدار، وأخذ الثلث أو النصف بشراء مبتدأ، لكان الجار أولى بكل هذا النصف.

١٣٣٦٦–وأما إن سلم الشفعة على أن يأخذ من الدار بيتًا بعينه، وفى هذا الوجه التسليم جائز، والصلح باطل، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك، أو يدع؛ لأن الأخذ حصل بثمن مجهول، ؛ لأن ثمن بيت منها مجهول؛ لأنه إنما يعرف ثمن بيت منها بالحرز والظن بأن يقسم الثمن على قيمة البيت وعلى قيمة الدار، والناس يتفاوتون فى ذلك.

فإن قيل: أليس أنه لو اشترى دارًا بعبد، فالشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد، وقيمة

العبد تعرف بالحرز والظن؟

قلنا : قضية القياس أن لا يأخذ الدار بقيمة العبد، إلا أنا تركنا القياس لضرورة؛ لأن بيع الدار بالعبد قد صح؛ لأنه بيع ما هو معلوم بثمن معلوم، وإذا صح البيع، وجبت الشفعة، ولايمكن الأخذ إلا بقيمة العبد، أوجبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة، ومثل هذه الضرورة لا يتأتى ههنا؛ لأن أخذ البيت بثمن معلوم ممكن للشفيع، وليس إذا سقط اعتبار الجهالة لضرورة ما يدل على أنه يسقط اعتبارها بغير ضرورة، وإذا بطل الصلح بطل التسليم، وكان الشفيع على شفعته.

فرق بين هذا وبين ما إذا سلم الشفعة على مال آخر حتى لم يجب المال، كان التسليم جائزًا، وههنا قال: التسليم لا يصح، والعوض المسمى لم يسلم للشفيع في المسألتين.

والفرق: أن تسليم الشفعة على مال لا جواز له بحال، فكان ذكر المال، ولا ذكره بمنزلة.

١٣٣٦٧-ولو سلم الشفعة، ولم يذكر مالا يصلح التسليم، كذا ههنا، أما تسليم البعض، وأخذ البعض جاز بحال، وهو أن يكون المأخوذ معلومًا، فلا يصير ذكر العوض ولاذكره سواء، فيجب اعتبار العوض، فإذا لم يسلم له العوض، يبقى على حقه، فإذا وهب الشفيع الشفعة، أو باعها من إنسان، لا يكون تسليمًا، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند [لأن البيع لم يصادف محله أصلا، فلغى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الشفعة قبيل باب الشهادة: إذا باع الشفعة، كان ذلك تسليمًا للشفعة، ولا يجب المال، علل فقال: حق الشفعة لا يحتمل البيع؛ لأن البيع تمليك، وحق الشفعة لا يقبل التمليك، فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازا، كبيع الزوج زوجته من نفسها، وهو الصحيح.

١٣٣٦٨-وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في شفعة "الجامع" ما يدل عليه، وسيأتي بعد هذا في الصفحة التي تلى هذه الصفحة -إن شاء الله تعالى-: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم زاد البائع بعد ذلك في المبيع عبدًا أو أمة، كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل

مما علم الشفيع .

فى الباب الأول من شفعة "الواقعات" : وفى هذا الباب أيضًا : إذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم حط البائع من الثمن شيئًا ، فله الشفعة ؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد ، فصار كما لو أخبر بالبيع بألف ، فسلم ، فإذا البيع بخمسمائة .

إذا قال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار ، كان تسليمًا صحيحًا ، وإن لم يعين أحدًا ، وكذلك لو قال للبائع : سلمت لك شفعة هذه الدار ، والدار فى يد البائع ، ولو قال : ذلك للبائع [بعد ما سلم الدار إلى المشترى ، لا يصح التسليم قياسًا ؛ لأن قبل التسليم إلى المشترى إنما صحّ تسليم الشفعة للبائع][1] ؛ لأن للشفيع حق أخذ الشفعة من البائع ، وهذا المعنى لايتأتى بعد التسليم إلى المشترى ، وفى الاستحسان : يصح التسليم ، ويكون فى معنى قوله للبائع : سلمت لك بسببك ولأجلك .

وكذلك إذا كان المشترى وكيلا من جهة غيره بشراء الدار ، فقال الشفيع : [سلمت شفعة هذه الدار ، ولم يعين أحدا ، كان تسليمًا صحيحًا ، وكذلك لو قال للوكيل : سلمت لك شفعة هذه الدار ، والدار فى يد الوكيل ، صحّ التسليم قياسًا واستحسانًا .

ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار إلى الموكل ، صح التسليم استحسانًا ؛ لأن الوكيل بالشراء فى حق من الحقوق كالمشترى لنفسه ، ثم كالبائع من موكله ، ولو سلم الشفيع الشفعة للبائع ، كان الجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا ، كذلك ههنا .

١٣٣٦٩ -إذا قال أجنبى لشفيع الدار : سلّم شفعة هذه الدار للآمر ، أو قال : لهذا المشترى ، فقال الشفيع :][2] سلمتها لك ، أو قال : وهبتها لك ، أو قال : أعرضت عنها لك ، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر والمشترى استحسانًا ؛ لأن كلام الشفيع خرج على وجه الجواب ، فيتضمن إعادة ما فى السؤال ، وصار تقدير كلام الشفيع : سلمتها للآمر سلمتها لهذا المشترى ، وقوله : لك : معناه : لأجلك وبسببك .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بخلاف ما لو قال الشفيع ذلك للأجنبي ابتداء حيث لايكون تسليمًا، لأنه لا يمكن أن يجعل ذلك تسليمًا للآمر ليصح إسقاطًا، فلوصح صح تمليكًا من الأجنبي، ولا وجه إليه. ثم في الفصل الأول ذكر من جملة الألفاظ: إذا قال الشفيع: وهبتها لك، وذكر أنه تسليم للشفعة، فتصير هذه المسألة حجة لشمس الأئمة السرخسي في مسألة بيع الشفعة التي تقدم ذكرها.

١٣٣٧٠-إذا قال أجنبي للشفيع: أصالحك على كذا على أن تسلم الشفعة، فسلم، كان التسليم صحيحًا، ولا يجب المال، ولو قال: أصالحك على كذا على أن تكون الشفعة لي، كان الصلح باطلا، وهو على شفعته، والفرق: أن في المسألة الأولى الشفيع سلم الشفعة صريحًا بالمال، وتسليم الشفعة بالمال صحيح، وإن لم يجب المال، وفي هذه المسألة ما سلم الشفعة، بل أقام الشفيع مقام نفسه في الشفعة، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذا بقي له الشفعة إذا قال للبائع: سلمت لك بيع هذه الدار، أو قال للمشتري: سلمت لك شراء هذه الدار، فهو تسليم صحيح، لأن تسليمه ينصرف إلى ما هو حقه؛ لأن ما ليس بحق له، فهو مسلم للبائع والمشتري بدون تسليمه، وحقه في هذا البيع والشراء الشفعة، وصار تقدير كلامه: سلمت لك شفعة هذه الدار.

١٣٣٧١-إذا كان المشتري وكيلا من غيره بالشراء، فقال له الشفيع: سلمت لك شفعة [هذه الدار خاصة دون غيرك، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر، ولوقال: سلمتها لك إن كنت اشتريتها][1] لنفسك، لا يكون تسليمًا. وكذلك لو قال الشفيع للبائع: سلمت لك الشفعة إن كنت بعتها من فلان لنفسك، وكان باعها لغيره، لم يكن ذلك تسليمًا، هذه الجملة في الباب الأول من شفعة "الجامع".

١٣٣٧٢-في "فتاوى الفقيه أبي الليث": إذا قال الشفيع للمشتري: سلمت لك شفعة هذه الدار، فإذا هو قد اشتراها لغيره، فهو على شفعته؛ لأنه رضي بالتسليم إليه لا إلى الموكل.

وفي "فتاوى الفضلي": أن هذا تسليم للآمر، والمختار المذكور في "فتاوى الفقيه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أبى الليث" هكذا ذكر الصدر الشهيد.

وفى "الحاوى": إذا قال المشترى: اشتريتها لنفسى، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ظهر أنه اشتراها لغيره، قال محمد: تبطل شفعته، وقال أبو حنيفة: لا تبطل.

الفصل العاشر
فى الشفيع إذا أخبر بالبيع، فسلم ثم يعلم أن البيع كان بخلافه

١٣٣٧٣-إذا أخبر الشفيع أن المشترى فلان، فسلم الشفعة، فإذا المشترى غيره، فهو على شفعته؛ لأنه رضى بجوار شخص معين، فلا يكون راضيًا بجوار غيره، ولأنه سلم شفعة عقد لم يعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة زيد، وزيد لم يعقد بعد، فلم يصح تسليمه، ولو كان المشترى فلانًا ذلك، ومعه غيره، بطلت شفعته فى نصيب الذى سلم، وأخذ نصيب غيره، ألا يرى أنه لو سلم، وكان عالمًا بالشريك الآخر، لم يكن تسليمًا لشريك الآخر، فإذا لم يعلم أولى.

ولو أخبر أن الثمن ألف، فإذا الثمن أقل من ذلك، فهو على شفعته، ولو كان الثمن ألفًا، أو أكثر، فلا شفعة له؛ لأن الرضا بالتسليم بالألف لا يكون رضا بالتسليم بخمسمائة، أما الرضا بالتسليم بألف رضا بالتسليم بأكثر من الألف.

١٣٣٧٤-ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال أو يوزن، فسلم الشفعة، فإذا الثمن صنف آخر، مما يكال أو يوزن، فهو على شفعته على كل حال، سواء كان ما ظهر مثل ما أخبر به، أو أقل، أو أكثر من حيث القيمة؛ لأن الشراء واقع بالمكيل أو الموزون، فالشفيع يأخذ بمثله من جنسه، لا بالقيمة، وقد يتيسر على الإنسان أداء جنس ويتعسر عليه أداء جنس آخر.

١٣٣٧٥-ولو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم، فسلم، ثم ظهر أنه كان مكيلا، أو موزونًا، فهو على شفعته، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه. فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم، فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون، فهو على شفعته على كل حال.

١٣٣٧٦-ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم، فسلم، ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم، بأن أخبر أن الثمن دار، فإذا الثمن عبد، فجواب محمد فى الكتاب أنه

على شفعته من غير فصل . قال شيخ الإسلام : هذا الجواب صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر ، غير صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر ، أو أكثر ؛ لأن الثمن إذا كان شيء من ذوات القيم ، فالشفيع إنما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم ، أو دنانير ، فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم ، أو مائة دينار ، فسلم ، ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر ، أو أكثر ، كان التسليم صحيحًا ، ولا شفعة له ، ولو ظهر أنه أقل مما أخبر ، كان على شفعته ، كذا ههنا .

١٣٣٧٧-ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف ، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التى هى من ذوات القيم ، ثم ظهر أن الثمن دراهم ، أو دنانير ، فجواب محمد أنه على شفعته من غير فصل ، وبعض مشايخنا قالوا : هذا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر ، أما إذا كان مثل قيمة ما أخبر ، أو أكثر ، فلا شفعة له ، ومنه من قال : هذا الجواب صحيح على الإطلاق ، بخلاف المسألة الأولى ؛ لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونًا فى ذلك ؛ لأن تقويم الشىء بالظن يكون ، فإنما سلم حتى لا يصير مغبونًا ، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهم .

١٣٣٧٨-ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف ، وظهر أن قيمته أقل من الألف ، فله الشفعة ، وإن ظهر أن قيمته ألف أو أكثر ، فلا شفعة .

١٣٣٧٩-ولو أخبر أن الثمن ألف ، فسلم ، ثم ظهر أن الثمن شىء هو من ذوات القيم ، فلا شفعة له إلا إذا كان قيمة الشىء أقل من ألف درهم ، هكذا ذكر فى "شرح القدورى" .

وهذه المسألة تؤيد قول المشايخ فيما إذا أخبر أن الثمن شىء هو من ذوات القيم ، فإذا هو من ذوات القيم ، ولكن من صنف آخر .

١٣٣٨٠-ولو أخبر أن الثمن ألف درهم ، فإذا الثمن مائة دينار ، فلا شفعة له ، إلا أن يكون قيمة الدينار أقل من الألف ، هكذا ذكر القدورى فى كتابه ، وجعل الجواب فيه كالجواب فيما إذا ظهر أن الثمن دراهم .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرحه : وهو قول أبى يوسف ، قال : وروى عن زفر أنه على شفعته على كل حال ، وهو قول أبى حنيفة ، وجعل الجواب فيه كالجواب فى

الحنطة والشعير، قالوا: ما ذكره أبو حنيفة وزفر قياس، وما ذكره أبو يوسف استحسان، وجه قول أبي يوسف: إن الدراهم والدنانير اعتبرا جنسًا واحدًا في أكثر الإيجابات حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره على البيع بالدراهم مكره على البيع بالدنانير، وإذا باع شيئًا بالدراهم، ثم اشتراه بأقل مما باع بالدنانير، لا يجوز، كما لو اشترى بالدراهم، ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون، وحقه في الدراهم، له أن يأخذ، ومال المضاربة إذا صار دنانير، عمل نهي رب المال فيه، كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وفي حق الإجارة حتى إذا استأجر بعشرة، ثم آجر بدينار طاب له، وإن كان قيمة الدينار وأكثر من عشرة دراهم، كما لو آجره بشعير، وقد استأجر بحنطة، فيترجح ما يوجب المجانسة بحكم الكثرة، وكان التسليم بالدراهم تسليمًا بالدنانير إذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم، أو أكثر، وأبو حنيفة يقول: الدراهم والدنانير اعتبرا جنسين [مختلفين في الأخبار، حتى إن الإكراه على الإقرار بالدراهم لا يكون إكراهًا على الإقرار بالدنانير، وفي بعض الإيجابات اعتبرا جنسًا واحدًا، وفي الإخبارات اعتبرا جنسين][1] مختلفين، وفي مسألتنا إخبار وإيجاب؛ لأن تسليم الشفعة إن كان إيجابًا، إلا أن التسليم بناءه على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا، فإذا في أحد النوعين -وهو الإخبار- اعتبرا جنسين مختلفين، وفي النوع الآخر -وهو الإيجاب- اعتبرا جنسين مختلفين في حق بعض الأحكام، فيترجح ما يوجب اختلاف الجنس، فصار كالحنطة مع الشعير.

١٣٣٨١-ولو أخبر بشراء نصف الدار، فسلم، ثم ظهر أن المشتري اشترى الكل، فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الكل، فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة له. قال شيخ الإسلام في شرحه: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف [فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف][2]، ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة، يكون على شفعته.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من "الفتاوى الهندية" (٥ : ١٨٤) وهي زيادة لازمة، وهي ساقطة من جميع نسخ "المحيط" التي عندنا.

ومما يتعلق بمسائل الإخبار:

١٣٣٨٢ – إذا أخبر الشفيع بالشراء، فإن كان المخبر هو المشترى، ثبت الشراء بخبره، سواء كان عدلا، أو لم يكن، رواه الحسن عن أبى حنيفة، حتى لو سكت بعد إخبار المشترى، ولم يطلب الشفعة، بطلت شفعته؛ لأنه خصم فى هذا، والعدالة غير معتبرة فى الخصوم. وإن كان المخبر غيره، ففى رواية محمد: عن أبى حنيفة: لايثبت الشراء حتى يخبر بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان، وفى رواية الحسن عنه: لا يثبت الشراء حتى يخبره بذلك رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، وعلى قول أبى يوسف ومحمد: إذا أخبره واحد، ثبت الشراء بخبره، حرّا كان المخبر أو عبدًا، صبيًا أو امرأة، إذا كان ذلك الخبر حقًا. وذكر الطحاوى فى كتاب الوكالة: أن المخبر إن كان رسولا، يثبت الشراء بخبره كيف ما كان المخبر، ولكن بعد أن بلغ الرسالة، وإن لم يكن المخبر رسولا، وإنما أخبره من تلقاء نفسه، فإن كان المخبر رجلين عدلين أو غير عدلين، أو كان رجلا واحدًا عدلا، فإنه يثبت الشراء، سواء صدقه الشفيع فى ذلك، أو كذبه، إذا ظهر صدق الخبر، وإن كان المخبر رجلا واحدًا غير عدل، فإن صدقه الشفيع فى ذلك، يثبت الشراء بخبره، وإن كذبه، لايثبت الشراء بخبره، وإن ظهر صدق الخبر عند أبى حنيفة، وعندهما يثبت الشراء بخبره إذا ظهر صدق الخبر –والله أعلم–.

الفصل الحادى عشر
فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته

١٣٣٨٣-إذا ساوم الشفيع الدارمن المشترى، أو سأل منه أن يوليه إياه، أو استأجرها الشفيع من المشترى، أو أخذها مزارعة، أو معاملة، وذلك بعد العلم بالشراء، فهو تسليم للشفعة؛ لأن هذه المعانى دليل الإعراض، وكذلك لو قال المشترى للشفيع: أولّيكها بكذا، فقال الشفيع: نعم؛ لأن قول الإنسان نعم فى موضع الخطاب، يتضمن إعادة ما فى الخطاب، فكأن الشفيع قال: ولّنى.

١٣٣٨٤-وفى "المنتقى": مساومة الشفيع بداره لا تبطل شفعته، معناه إذا ساومها بالبيع.

١٣٣٨٥-إذا قال الشفيع: سلمت نصف الشفعة، بطلت شفعته فى الكل؛ لأن الشفعة لاتتجزّأ فى حق التسليم؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، هكذا ذكر فى "الأصل".

١٣٣٨٦-وذكر فى "القدورى": أن الشفيع إذا طلب نصف الدار بالشفعة، فهذا تسليم منه فى الكل فى قول محمد، إلا أن يكون طلب الكل، فلم يسلم المشترى، فقال: أعطنى نصفها على أن أسلم لك النصف، أو قال: أعطنى نصفها، وأسلم لك نصفها، فهذا لا يكون تسليمًا، وقال أبو يوسف: لا يكون تسليمًا على كل حال، وتبين بما ذكر "القدورى": أن ما ذكر فى "الأصل" قول محمد.

١٣٣٨٧-وذكر الصدر الشهيد فى الباب الأول من "واقعاته": دار بيعت ولها شفيعان: أحدهما غائب، وطلب الحاضر نصف الدار على حساب أنه لا يستحق إلا النصف، بطلت شفعته، وكذلك لو كانا حاضرين، وطلب كل واحد منهما نصف الدار، بطلت شفعة كل واحد منهما، ولم يحكِ خلافًا، وإنه قول محمد على ما ذكره "القدورى"، وذكر فى الباب الثانى: أن الشفيع إذا قال: سلمت نصف هذه الدار

بالشفعة، لا تبطل شفعته، وإنه قول أبي يوسف على ما ذكره "القدوري".

١٣٣٨٨ -وإذا باع الشفيع[1] داره التي يشفع بها بعد شراء المشترى، وهو يعلم بالشراء، أو لايعلم، بطلت شفعته؛ لأن الاستحقاق بالجوار، وقد زال الجوار قبل الأخذ، فبطل الحق ضرورة، فإن رجعت إلى ملكه بالرد، بيعت بقضاء، أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية، أو بخيار شرط، فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق متى بطل لا يعود إلا بسبب جديد.

١٣٣٨٩ -وإن كان باع الشفيع داره بشرط الخيار للشفيع، فهو على شفعته، ما لم يوجب البيع؛ لأن الجوار لم يزل، وإن كان بيعه بصفة الفساد، وقبضها المشترى، بطلت شفعته؛ لأن ملكه قد زال.

وإن كان الشفيع شريكًا وجارًا، فباع نصيبه الذى يشفع به، كان له أن يطلب الشفعة بالجوار، هذا إذا باع الشفيع كل داره، وإن باع بعض داره، سيأتى ذلك فى فصل المتفرقات -إن شاء الله تعالى-.

١٣٣٩٠ -إذا سلم الشفيع على المشترى، ثم طلب الشفعة، صح طلبه، قال هشام: قلت لمحمد: من يقول: إذا بدأ الشفيع بالسلام على المشترى، تبطل شفعته، فأنكر ذلك.

١٣٣٩١ -ولو كان المشترى واقفًا مع الابن، فسلم الشفيع على ابن المشترى، بطلت شفعته، بخلاف ما إذا سلّم على المشترى؛ لأن السلام على المشترى محتاج إليه؛ لأنه يحتاج إلى التكلم معه، ومفتتح الكلام السلام، قال عليه السلام: «من كلم قبل السلام فلا تجيبوه»، فيصير ذلك عذرًا، فأما السلام على ابن المشترى غير محتاج إليه، فلا يصير ذلك عذرًا[2].

(١) هكذا فى الأصل ونسختى "ف" و"م"، وفى "ظ": المشترى.

(٢) وتمام المسألة فى "الفتاوى الهندية" (٥: ١٨٥) معزوة إلى "الذخيرة" هكذا: فإن سلم على أحدهما، بأن قال: السلام عليك، ولا يدرى على من سلم، سئل الشفيع أنه سلم على الابن، أو على الأب، فإن قال: على الأب، لاتبطل شفعته، وإن قال: على الابن، تبطل شفعته، وإن اختلفا، فقال المشترى: على ابنى، وقد بطلت شفعتك، وقال الشفيع: سلمتُ عليك، فالقول قول الشفيع.

إذا أخبر الشفيع بالبيع، فقال: من اشتراها: وبكم اشتراها، فلما أخبر بذلك، قال: طلبت الشفعة، صح طلبه.

فى الباب الأول من شفعة "الواقعات"، وكذلك إذا قال: الحمد لله، أو قال: سبحان الله، أو قال: الله أكبر، أو عطس المشترى، فشمته، أو قال: خلصنى الله من فلان، أو قال: بكم باعها، ومتى باعها، لا تبطل شفعته. بعض هذه الألفاظ فى "العيون" وبعضها فى "شرح شمس الأئمة".

١٣٣٩٢-ولو قال الشفيع للمشترى: أنا شفيعك، وآخذ الدار منك، فلا شفعة له؛ لأن قوله: أناشفيعك كلام لا يحتاج إليه، فصار كأنه قال: كيف أصبحت، وكيف أمسيت.

فى "فتاوى أهل سمرقند": وكذلك إذا قال الشفعة لى أطلبها، أو آخذها، بطلت شفعته؛ لأن قوله: الشفعة لى غير محتاج إليه، فصار كما لو سكت ساعة، وعلى قياس ما روى ابن رستم فى "نوادره" عن محمد: أنه إذا سكت هنيهة، لاتبطل شفعته، فلا يبطل ههنا أيضًا، وكذلك هذا على قياس ما روى أن له مجلس العلم، ينبغى أن لا تبطل شفعته؛ لأن بهذا القدر لا يتبدل المجلس، وكذلك لو قال: شفعه من است خواستم، ويافتم، فهو على هذا.

وفى "نوادر أبى يوسف" رواية على بن الجعد: إذا قال الشفيع للمشترى حين لقيه: كيف أصبحت، وكيف أمسيت، وسلم عليه، لم تبطل شفعته، ولو عرض حاجته عليه، أو سأله عن حاجته، تبطل شفعته.

١٣٣٩٣-دار بيعت، فقال البائع أو المشترى للشفيع: أبرأنا عن كل خصومة لك قبلنا، ففعل، وهو لا يعلم أنه يجب له قبلهما شفعة، لا شفعة له فى القضاء، وله الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى إن كان بحال لو علم بذلك لا يبرئهما؛ وهو نظير ما لو قال رجل لآخر: اجعلنى فى حل، ولم يبين ما قبله، فجعله فى حل، فإنه يصير فى حل، ولا يبقى له فى القضاء شىء، ويبقى فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان بحال لو علم بذلك الحق لا يبرئه.

فى "فتاوى الفقيه أبى الليث": إذا قال الشفيع للمشترى: شفعت مى خواهم،

بطلت شفعته، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند"، وعلى قياس ما ذكرنا عن الفقيه أبي جعفر: أنه إذا طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة، ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان الشفيع من أهل قبيلة يطلبون الشفعة بهذ اللفظ، لا تبطل شفعته.

إذا صلى بعد الظهر ركعتين، لا تبطل شفعته، وإن صلى أكثر من ذلك تبطل شفعته، وإذا صلى بعد الجمعة أربع ركعات، لا تبطل شفعته، وإن صلى أكثر من ذلك، تبطل شفعته؛ لأن الأكثر ليس بمسنون، فلا يصير عذرًا.

١٣٣٩٤-في "فتاوى الفقيه أبي الليث" وفي "واقعات الناطفي": الشفيع إذا علم بالبيع وهو في التطوع، فجعلها أربعًا، أو ستًا، فعن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا تبطل شفعته.

قال الصدر الشهيد: والمختار أنه تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور، بخلاف ما إذا كان في الأربع قبل الظهر، فأتمها أربع؛ لأن الأربع مسنون، فكان معذورًا. والدليل على الفرق أنه لو طلب المواثبة، وترك طلب الإشهاد، وافتتح التطوع، تبطل شفعته.

ولو افتتح الركعتين بعد الظهر، أو الأربع بعد الجمعة، لا تبطل شفعته.

الفصل الثانى عشر
فى الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشترى والبائع والشهادة فى الشفعة

١٣٣٩٥-إذا اشترى الرجل داراً، وقبضها، ونقد الثمن، ثم اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن، فالقول قول المشترى مع يمينه، ولا يتحالفان؛ لأن الشفيع مع المشترى ينزل منزلة المشترى مع البائع.

١٣٣٩٦-ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشترى فى الثمن، والمبيع فى يد البائع، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشترى يدعى عليه التملك بألف، وهو ينكر، إلا أن البائع والمشترى يتحالفان، وهنا الشفيع لا يحلف؛ لأن هناك البائع يدعى على المشترى زيادة ألف، والمشترى ينكر، وههنا المشترى لا يدّعى على البائع[1] شيئًا؛ لأنه لم يجب له على الشفيع شيء حتى يحلف الشفيع، وأيهما أقام بينة قبلت بينته، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبى يوسف البينة: بينة المشترى.

فوجه قوله: إن الشفيع مع المشترى ينزل منزلة المشترى مع البائع؛ لأن الشفيع يتملك الدار من جهة المشترى، كما أن المشترى يتملكها من جهة البائع، ثم لو وقع الاختلاف على هذا الوجه بين البائع والمشترى، وأقاما البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة، ودليله إذا وقع الاختلاف بين البائع والشفيع والمشترى، قال الشفيع: الثمن ألف، وقال المشترى: الثمن ألفان، وقال البائع: ثلاثة آلاف، وأقاموا البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة، كذا ههنا.

وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة، فالبينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة فى الثمن، ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى طريقان: أحدهما: أن العمل بالبينتين ههنا ممكن، فلا يصار إلى الترجيح، بيان الإمكان

---

(١) وفى "ف": على الشفيع بدلا من على البائع.

أنا نجعل كأنه اشترى مرة بألف، ومرة بألفين، فكان للشفيع أن يأخذ الألف، ألا يرى أنه لو ثبت ذلك معاينة، أو بإقرار المشترى، بأن أقر المشترى مرة أنه اشترى بألف، وأقر مرة أخرى أنه اشترى بألفين، كان للشفيع أن يأخذ بالألف.

ولا يقال: بأن العقدين إذا ثبتا بالمعاينة، أو بالإقرار، يجعل كل واحد منهما ثابتًا فى حق الشفيع، أما إذا ثبت العقد بالألفين بالبينة، لا يعتبر العقد بألف ثابتًا فى حق الشفيع، ويجعل العقد بألفين فاسخًا له، ألا نرى أن المشترى لو أقر بالشراء بألف، وأخذ الشفيع الدار منه بألف، ثم أقام البائع بينة أن البيع كان بألفين، كان للمشترى أن يرجع على الشفيع بالألف الأخرى؛ لأنا نقول: نعم! الأمر كما قلتم، إلا أن ههنا العقد بألفين لم يثبت بالبينة؛ لأن بينة المشترى على العقد بألفين غير مقبولة؛ لأنه بهذه البينة لا يسقط اليمين عن نفسه؛ لأن اليمين عنه ساقط ببينة الشفيع، ألا نرى أن بعد ما أقام الشفيع البينة على الشراء بألفين لا يحلف المشترى، وإن لم يكن للمشترى بينة، ولا يلزم بهذه البينة الشفيع زيادة الألف؛ لأن للشفيع أن يترك الأخذ بألفى درهم. وإذا لم تكن بينة المشترى مقبولة على البيع بألفين، كان البيع بألفين ثابتًا بإقرار المشترى، فلا ينفسخ به البيع بألف، فيجعل كلاهما ثابتًا فى حق الشفيع، بخلاف ما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشترى؛ لأن هناك العقد بألفين فاسخ للعقد بألف؛ لأن هناك العقد بألفين ثابت ببينة البائعة؛ لأن بينة البائع على العقد بألفين مقبولة؛ لأن بهذه البينة يلزم المشترى الألف الزائدة، وبخلاف ما إذا اختلفوا جميعًا؛ لأن بينة البائع على الزيادة مقبولة؛ لأنها توجب الزيادة على المشترى، فكان البيع بالزيادة ثابتًا، فينفسخ البيع بما دونه فى حق العاقد والشفيع.

وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا، فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البينة بينة الموكل، وفى "ظاهر الرواية": البينة بينة الوكيل؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشترى، وقد ذكرنا الفرق ثمه.

الطريق الثانى: أن بينة الشفيع يلزم المشترى تسليم المشترى شاء، أو أبى، وبينة المشترى غير ملزمة، بل هو مخير بين الأخذ والترك، والبينات فى الأصل شرعت للإلزام، فما كانت ملزمة كانت أولى بالقبول، بخلاف البائع مع المشترى؛ لأن هناك بينة كل واحد منهما ملزمة، وبخلاف الوكيل مع الموكل؛ لأن بينة كل واحد منهما ملزمة،

فاستويا من هذا الوجه، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة.

١٣٣٩٧-اختلف البائع والمشترى والشفيع فى الثمن قبل نقد الثمن، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الدار فى يد البائع، وفى هذا الوجه ينظر إن كان ما قاله [البائع أقل مما قالا، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بذلك من غير يمين على أحد، وإن كان ما قاله البائع أكثر مما قالا][1]، فالبائع مع المشترى يتحالفان، فبعد ذلك إن نكل البائع، فالشفيع يأخذه بألفين؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، فكأن البائع أقر بالبيع بألفين بعد ما ادعى البيع بثلاثة آلاف، وإن نكل المشترى، لزمه ثلاثة آلاف درهم، والشفيع يأخذ بثلاثة آلاف إن شاء، وليس له أن يأخذها بألفى درهم، وإن أقر المشترى أن الشراء كان بألفى درهم؛ لأن النكول من المشترى فى حق الشفيع بمنزلة البينة، كما أن النكول من الوكيل بالبيع إذا أراد المشترى أن يرد عليه بالعيب بمنزلة البينة، وسيأتى ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو ثبت بالبينة أن البيع كان بثلاثة آلاف بعد ما أقر المشترى بالشراء بألفى درهم، أخذ الشفيع الدار بثلاثة آلاف درهم، وليس له أن يأخذها بألفى درهم بإقرار المشترى؛ لأنه صار مكذبًا فى إقراره، كذا ههنا.

وإن حلفا، وطلبا الفسخ من القاضى، أو طلب أحدهما ذلك، وفسخ القاضى العقد بينهما، فالشفيع يأخذ بما قاله البائع إن شاء: وفسخ العقد مما لا يبطل حق الشفيع على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

الوجه الثانى: إذا كانت الدار فى يد المشترى، والجواب فيه نظير الجواب فيما إذا كانت الدار فى يد البائع، وإذا كانت الدار فى يد المشترى، فقال البائع: بعتها إياه بألف درهم، واستوفيت الثمن، وقال المشترى: اشتريتها بألفين، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بألف درهم.

وبمثله لو قال: بعتها منه، واستوفيت الثمن، وهو ألف درهم، وقال المشترى: اشتريتها بألفين، أخذها بألفين، والفرق أنه إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء، لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبقَ بعد استيفاء الثمن، وتسليم الدار إلى المشترى ذوحظ

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

من هذا العقد، بل صار كالأجنبى، ولو أن أجنبيًا بيّن مقدار الثمن، لا يصح بيانه، كذا ههنا.

وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن، لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء بعد ذلك؛ لأن قبل الإقرار بالاستيفاء ثبت للشفيع حق الأخذ بذلك المقدار، وبالإقرار بالاستيفاء يبطل ذلك الحق على الشفيع؛ لأن بالإقرار بالاستيفاء تبين أن بيان مقدار الثمن منه لم يصح؛ لأنه لم يبقَ ذو حظ من هذا العقد، فلم يصح الإقرار بالاستيفاء [صيانة لحق الشفيع وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء، بقى بيان مقدار الثمن صحيحًا؛ لأنه بين مقدار الثمن، وهو ذو حظ فى هذا العقد؛ لأن له الاستيفاء][(1)] بحكم هذا العقد.

قال القدورى: روى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن المبيع إذا كان فى يد البائع، فأقرّ بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التمليك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله.

١٣٣٩٨-فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل دارًا، ولها شفيعان، فأتاه أحدهما، وطلب شفعته، فقال المشترى: إنى اشتريتها بألف، وصدقه الشفيع فى ذلك، وأخذها بألف، ثم إن الشفيع الثانى جاء، وأقام بينة أن المشترى كان اشتراه بخمسمائة، فالشفيع الثانى يأخذ من الشفيع الأول نصفها، ويدفع إليه مائتى درهم وخمسين، ويرجع الشفيع الأول على المشترى بمائتين وخمسين، ويبقى فى يد الشفيع الأول نصف الدار بخمسمائة؛ لأنه صدق المشترى على ما أخذها به.

وفيه أيضًا: رجل اشترى من رجل دارًا، وقبضها، فجاء الشفيع، فطلب الشفعة، فقال المشترى: اشتريتها بألفين، وقال الشفيع: لا، بل اشتريت بألف، ولم يكن للشفيع بينة، وحلف المشترى على ما ذكر، وأخذ الشفيع بألفى درهم، ثم قدم شفيع آخر، وأقام بينة على الشفيع الأول أن البائع كان باع هذه الدار من فلان بألف، فإنما يأخذ نصف الدار بخمسمائة، ويرجع الشفيع الأول على المشترى بخمسمائة حصة النصف الذى أخذه الثانى، ويقال للشفيع الأول: إن شئت أعد البينة على المشترى من قِبل النصف الذى فى يديك، وإلا فلا شىء لك؛ لأن الشفيع الثانى إنما يستحق ببينته نصف الدار، هكذا ذكر

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى الكتاب، ومعنى المسألة أن الشفيع الأول لو قال للمشترى: إن الشفيع الثانى أثبت بالبينة أن الشراء كان بألف، فيكون بمقابلة النصف الذى فى يدى خمسمائة، فلى أن أرجع عليك بخمسمائة، فليس له ذلك، إلا إذا أعاد البينة أن الشراء كان بألف لما أشار إليه فى الكتاب أن الشفيع الثانى إنما استحق ببينته نصف الدار، ومعناه أن بينة الشفيع الثانى لما عمل فى نصف الدار، ثبت الشراء بألف فى حق ذلك النصف الذى استحقه الشفيع الثانى، لا فى حق النصف الذى فى يد الشفيع الأول، فيحتاج الشفيع الأول إلى إعادة البينة ليثبت الشراء بالألف فى النصف الذى فى يديه، فيستحق الرجوع على المشترى بالخمسائة الزائدة.

١٣٣٩٩-فى "القدورى": اتفق البائع والمشترى أن البيع كان بشرط الخيار للبائع، وأنكر الشفيع، فالقول قولهما فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، ولا شفعة للشفيع؛ لأن البيع ثبت بإقرارهما، وإنما ثبت على الوجه الذى أقرّا به، وفى إحدى الروايتين عن أبى يوسف القول قول الشفيع؛ لأن الأصل فى البيع البتات، فكان الشفيع متمسكًا بالأصل.

١٣٤٠٠-وفى "الجامع": إذا ادعى البائع الخيار، وأنكر المشترى والشفيع، فالقول قول المشترى استحسانًا؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، والبائع يدعى إحداث الشرط، والمشترى ينكر، وذكر فى "النوادر": أن القول قول البائع وهو الصحيح، وكذا لو ادعى المشترى الخيار، وأنكر البائع والشفيع ذلك، فالقول قول البائع، ويأخذها الشفيع، لما قلنا.

١٣٤٠١-فى "فتاوى الفضلى": رجلان تبايعا، فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما، فقال البائع: كان البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشترى على ذلك، لا يصدقان على الشفيع؛ لأنهما أقرا بأصل البيع، فيكون القول[1] لمن يدعى الجواز، إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة، وقد بيع بثمن لا يباع مثله بمثله، فحينئذٍ يكون القول قولهما، ولا شفعة للشفيع، ألا يرى أن فى الوجه الأول لو اختلف البائع والمشترى فى هذه الصورة، وقال البائع: بعت معاملة، وقال المشترى: اشتريت لا

(١) وفى "ف": فيكون القول قول من يدعى الجواز.

معاملة، كان القول قول المشترى، وفى الوجه الثانى لو اختلفا، كان القول قول البائع.

١٣٤٠٢-فى "المنتقى": باع دارًا من رجل، ثم إن المشترى والبائع تصادقا أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيع: كان جائزًا، فالقول قول الشفيع، ولا أصدقهما على فساد البيع فى حق الشفيع بشىء، ولو ادعاه أحدهما، وأنكر الآخر، جعل القول فيه قول الذى يدعى الصحة، وإذا زعما أن البيع كان فاسدًا لشىء، أجعل القول فيه قول من يدعى الفساد، فإنى أصدقهما، ولا أجعل للشفيع شفعة، يريد بهذا أن البائع مع المشترى إذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلف البائع والمشترى فيما بينهما فى فساد العقد بذلك السبب، فالقول قول من يدعى الجواز، نحو أن يدعى أحدهما أجلا فاسدًا، أو خيارًا فاسدًا، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب لايصدقان على حق الشفيع [وإذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلف فيما بينهما فى فساد البيع بذلك السبب، كان القول قول من يدعى الفساد، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب يصدقان فى حق الشفيع][(١)]، ويبن ذلك فى "المنتقى" فقال: لو قال المشترى للبائع: بعتنيها بألف درهم ورطل من خمر، فقال البائع: صدقت، لم أصدقهما على الشفيع، ولو قال: بعتنيها بخمر، وصدقه البائع، فلا شفعة للشفيع، هذا هو لفظ "المنتقى"، وجعل القدورى فى كتابه المذكور فى "المنتقى" قول أبى يوسف فى إحدى الروايتين عنه، قال القدورى: لأن أبا يوسف على هذه الرواية يعتبر هذا الاختلاف بالاختلاف بين المتعاقدين.

١٣٤٠٣-ولو اختلف المتعاقدان فيما بينهما، فقال المشترى: بعتنيها بألف درهم ورطل من خمر، وقال البائع: لا، بل بعتها بألف درهم، فالقول قول [البائع، ولو قال المشترى: بعتنيها بخمر أو خنزير، فقال البائع: بعتها بألف درهم، فالقول قول البائع][(٢)]؛ لأن البيع بخمر لاجواز له بحال، وإنما يجعل القول قول من يدعى الجواز فى عقد له جواز بحال، بخلاف البيع بأجل فاسد، أو بألف ورطل من خمر، فأما على قول أبى حنيفة ومحمد: إذا اتفقا على الفساد، وكذبهما الشفيع، فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار للبائع، وكذبهما فيه الشفيع.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٣٤٠٤-فى "فتاوى الفضلى": رجل اشترى من رجل ضيعة عشرها بثمن كثير، وتسعة أعشارها بثمن قليل، فللشفيع الشفعة فى البيع الأول، ولا شفعة له فى البيع الثانى، وهو من جملة الحيل، وسيأتى ذلك فى فصل الحيل لإبطال الشفعة -إن شاء الله تعالى- فإذا أراد الشفيع أن يحلف المشترى بالله ما أردت به إبطال شفعتى، لا يحلف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه.

ولو ادعى الشفيع أن البيع الأول كان تلجئة، وأراد أن يحلف المشترى بالله أن البيع الأول ما كان تلجئة، فله ذلك؛ لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، وهو تأويل ما ذكرنا فى كتاب الشفعة: أن الشفيع إذا أراد الاستحلاف أنه لم يرد به إبطال الشفعة أن له ذلك، إذا ادعى أن البيع كان بيع تلجئة، وقد ذكرنا فى الفصل المتقدم أن المشترى إذا كان واقفًا مع ابنه، فسلم الشفيع على المشترى، لا يبطل شفعته، ولو سلم على ابنه، بطل، فإن سلم على أحدهما، بأن قال الشفيع: السلام عليك، ولم يدر على من سلم، سئل الشفيع أنه سلم على الأب أو على الابن، فإن قال: على الأب، لا تبطل شفعته، وإن قال: على الابن، تبطل شفعته، وإن اختلفا، فقال المشترى: سلمت على ابنى، وقد بطلت شفعتك، وقال الشفيع: سلمت عليك، فالقول قول الشفيع؛ لأن حاصل اختلافهما فى بطلان حق الشفيع، فالمشترى يدعى عليه بطلان حقه، وهو ينكر.

١٣٤٠٥-فى "المنتقى": رجل اشترى دارًا لابنه الصغير، وقبضها، ثم اختلف المشترى والشفيع فى الثمن، قال: لا يحلف المشترى، وإن كان الأب بمنزلة الوكيل عن الولد.

وفى الدعوى من "الفتاوى": جاء الشفيع يخاصم المشترى، فأنكر الشراء، وأقر أن الدار لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع على شراءه، قال: لا يمين على المشترى؛ لأنه قد لزمه الإقرار لابنه، فلا يجوز الإقرار لغيره.

١٣٤٠٦-فى "الأجناس": إذا قال المشترى: اشتريت هذه الدار لابنى الصغير، وأنكر شفعة الشفيع، فلا يمين على المشترى إن كان الشفيع أقر أن له ابنا صغيرًا.

وفى "الواقعات": إذا قال الشفيع: إنما قال المشترى ذلك ليدفع اليمين عن نفسه، فحلفه أيها القاضى أنه ما اشتراها لنفسه، فلا يمين عليه، وإن أنكر الشفيع أن له ابنا يحلف

الشفيع بالله ما تعلم أن له ابنا صغيرًا، وإن كان الابن كبيرًا، وقد سلم الدار إليه، دفع عن نفسه الخصومة، وقبل تسليم الدار هو خصم للشفيع، ذكرها فى "الأجناس".

١٣٤٠٧-فى "الأصل": إذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، وهدم بناءها، أو حرقها، أو فعل ذلك رجل أجنبى حتى سقط عن الشفيع حصة البناء من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة البناء مبنيًا يوم اشتراها، فما أصاب الأرض أخذها بذلك، فإن اختلفا فى قيمة البناء، فقال المشترى: كانت قيمة البناء ألف درهم، وسقط ثلثا الثمن، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأن حاصل اختلافهما فى ثمن العرصة، فالمشترى يقول: اشتريت العرصة بنصف الثمن، والشفيع يقول اشتريت بثلث الثمن، فيكون القول قول المشترى مع يمينه، كما لو اختلفا فى مقدار الثمن، لا فى قيمة البناء، كان القول قول المشترى مع يمينه، على ما مر، كذا هنا، وأيهما تفرد بإقامة البينة، قبلت بينته، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشترى فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فأبو يوسف مرّ على أصله، ومحمد فرق، وقال: إذا اختلفا فى قدر قيمة البناء، وأقاما البينة، فالبينة بينة المشترى، وقال: إذا اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع، واضطربا فى قول أبى حنيفة، قال أبو يوسف: قياس قول أبى حنيفة أن البينة بينة الشفيع كما لو اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة، وقال محمد: قياس قوله أن البينة بينة المشترى، بخلاف ما لو اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة.

١٣٤٠٨-فى "الأصل": إذا اشترى الرجل دارًا من امرأة، فلم يجد من يعرفها إلا من له الشفعة، فإن شهادتهم لا تجوز عليها إذا أنكرت الشراء، وكذلك إذا كان البائع رجلا، وجحد البيع بعد ذلك، وشهد الشفيعان عليه بالبيع، لا تقبل شهادتهما، وهذا إذا كانا يطلبان الشفعة؛ لأنه إذا كان كذلك كانا جارين إلى أنفسهما مغنمًا بهذه الشهادة، وهو حق الشفعة؛ ولأنهما إذا طلبا الشفعة، فقد صارا خصمان؛ لأنهما أظهرا الخصومة بطلبهما الشفعة، وشهادة الخصم لا تقبل، فأما إذا سلما الشفعة، ثم شهدا بالبيع، قبلت شهادتهما، هكذا ذكر فى الكتاب، ولم يفصّل، قال مشايخنا: ويجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل: إن سلما الشفعة قبل أن يطلبا، ثم شهدا، تقبل شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما مغنمًا بهذه الشهادة، ولم يصيرًا خصمين فى هذه الحالة، وإن سلما الشفعة بعد ما طلباها، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما صارا خصمين فيما شهدا؛ لأنهما

أظهرا الخصومة حين طلبا الشفعة، ومن صار خصمًا فى حادثة لا تقبل شهادته فى تلك الحادثة، وإن لم يبقَ خصمًا فيها، كالوصى، إذا شهد لليتيم بعد ما عزل، فإنه لاتقبل شهادته، وإن لم يكن خصمًا فيما شهد وقت الشهادة؛ لأنه كان خصمًا فيه قبل ذلك.

فإن قيل: قبل الطلب إن لم يصيرًا خصمين حقيقة لانعدام الخصومة منهما حقيقة، فقد صارا خصمين حكمًا لوجوب حق الشفعة لهما بنفس البيع، وهذا لأن الإنسان كما يصير خصمًا بوجود الخصومة منه حقيقة يصير خصمًا بوجوب الحق له من غير أن يوجد له منه الخصومة، كما فى الوصى، فإنه إذا شهد للصغير بمال قبل أن يخاصم فى ذلك، فإنه لا تقبل شهادته، وإنما لم تقبل لصيرورته خصمًا؟

والجواب: ههنا هكذا إذا كان الحق الذى وجب حقًا لازمًا كما فى الوصى، فإن الحق ثابت له فيما شهد بنفس الوصاية، بحيث لا يمكنه دفعه، وأما حق الشفيع ليس بلازم، فإنه مخير بين الأخذ وبين الترك، فلا يكفى هذا الحق لصيروته خصمًا، بل بشرط إظهار الخصومة، هذا إذا كان البائع يدعى الشراء، والمشترى ينكر، وإن كان المشترى يدعى الشراء، والبائع ينكر، فشهد الشفيعان بالبيع على المشترى، لا تقبل شهادتهما أيضًا إذا كانا يطلبان الشفعة.

وفى المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة ههنا ليس يثبت بشهادتهما، إنما يثبت بإقرار البائع.

والجواب: أنهما إن كانا لا يثبتان حق الشفعة لأنفسهما يثبتان لأنفسهما حق الأخذ من المشترى، وإلزام المشترى العهدة متى أخذا منه، غير أن فى هذه الصورة لهما أن يأخذا الدار بالشفعة بإقرار البائع بالبيع، بخلاف الفصل الأول.

وإذا شهدا ابنا البائع على الشفيع بتسليم الشفعة، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الدار فى يد البائع، وفى هذا الوجه إن كان البائع يدعى تسليم الشفعة، لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد، تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة على أمر للأب فيه منفعة من وجه، بأن كان المشترى أملى من الشفيع، ومضرة من وجه، بأن كان الشفيع أملى من المشترى، فيترجح جانب النفع بالدعوى، وجانب الضرر بالجحود.

والوجه الثانى: أن تكون الدار فى يد المشترى، وفى هذا الوجه تقبل شهادتهما؛

لأنهما بهذه الشهادة لا يجران إلى أبيهما مغنمًا، ولا يدفعان عنه مغرمًا؛ لأنه خرج من البين بتسليم الدار إلى المشترى، فتقبل شهادتهما، ثم فرق بين شهادة ابن البائع وبين شهادة البائعين، فقال: إذا شهد البائعان على الشفيع بتسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما، وإن كانت الدار فى يد المشترى، وقال: إذا شهد ابنا البائع بذلك، والدار فى يد المشترى، تقبل شهادتهما، والفرق أن شهادة البائعين إنما لم تقبل لأنهما كانا خصمين فى هذه الدار قبل التسليم إلى المشترى، ومن كان خصمًا فى شىء لا تقبل شهادته فيه، وإن لم يبقَ خصمًا، أما ابناه ما كانا خصمين فى هذه الدار حتى لا تقبل شهادتهما من هذا الوجه لو لم تقبل إنما لم تقبل إذا جرًا إلى أبيهما مغنمًا، أو دفعًا عنه مغرمًا، ولم يوجد، هذا إذا شهدا ابنا البائع على الشفيع بتسليم الشفعة، فأما إذا شهدا على المشترى بتسليم الدار إلى الشفيع، فإنه لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الدار فى يد الأب، أو فى يد المشترى، فإنهما يبعدان العهدة عن الأب بهذه الشهادة، فإنه إذا ورد الاستحقاق على المشترى، فللمشترى أن يرجع على البائع، وتبعيد العهدة منفعة، وكانت هذه منهما شهادة للأب، سواء ادعى الأب ذلك، أو لم يدع، لا تقبل شهادتهما؛ لأن تبعيد العهدة منفعة محضة، وما كان منفعة محضة، لا يشترط فيها الدعوى.

١٣٤٠٩-وإذا وكل الرجل رجلا بشراء دار، أو بيعها، فاشترى، أو باع، وشهد ابنا الموكل على الشفيع بتسليم الشفعة، فإن كان الوكيل بالشراء، لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الدار فى يد البائع، أو فى يد الموكل، أو فى يد الوكيل؛ لأنهما يشهدان لأبيهما بتقرر الملك لأبيهما، وإن كان التوكيل بالبيع، فإن كان الدار فى يد الموكل، أو فى يد الوكيل، لا تقبل شهادتهما؛ لأن فيه تقرر العهدة لأبيهما على المشترى؛ لأن حق الشفيع متى سقط، تقررت العهدة على المشترى، ومتى لم يسقط، وأخذ الشفيع الدار من يد الموكل، أو من يد الوكيل، ينفسخ الشراء، ويسقط العهدة عن المشترى، وربما يكون المشترى أمينًا، فكان فى هذه الشهادة منفعة للأب، وإن كانت الدار فى يد المشترى، تقبل شهادتهما؛ لأنه لا شفعة لأبيهما فى هذه الشهادة؛ لأن العهدة متقررة على المشترى، سقط حق الشفيع، أو لم يسقط، فإذا شهد شاهدان للبائع والمشترى على الشفيع أنه قد سلم شفعته، وشهد أخران للشفيع أن البائع والمشترى سلما إليه، قضيت بها للذى فى يديه، أشار إلى أن بينة الذى فى يديه الدار وهو البائع أو المشترى أولى،

وجعل هذه المسألة نظير مسألة الخارج مع ذى اليد إذا أقاما البينة على النتاج ، وهذا لأن الشهود شهدوا بالأمرين ، ولم يشهدوا بالترتيب ، ويتصور وقوعهما من غير ترتيب ، فيجعل كأنهما وقعا معًا ، ولو وقعا معًا كان تسليم الشفعة سابقًا على تسليم الدار بالشفعة ؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط ، وتسليم الدار تمليك ، والإسقاط أسرع نفاذًا من التمليك ، فكان سابقًا معنى ، ألا نرى أنه لو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ، وشهد آخران عليه أنه باعه ، كانت بينة العتق أولى ؛ لأنه سابق معنى ، كذا ههنا .

١٣٤١٠-إذا أقر المشترى أنه اشترى هذه الدار بألف درهم ، وأخذها الشفيع بذلك ، ثم ادعى البائع أن الثمن ألفان ، وأقاما على ذلك بينة ، قبلت بينته ، وكان للمشترى أن يرجع على الشفيع بألف أخرى ، وإن أقر أن الثمن ألف ، لم يرجع ؛ لأنه صار مكذبًا فى إقراره لما وجب عليه القضاء ببينة البائع ، وكذلك إذا ادعى البائع أنه باعها من هذا المشترى بعرض بعينه ، وأقام على ذلك بينة ، فالقاضى يسمع بينته ، ويقضى بذلك له على المشترى ، ويسلم الدار للشفيع بقيمة ذلك العرض ، فإن كان ما أخذ المشترى من الشفيع ، وذلك ألف أقل من قيمة العرض ، رجع على الشفيع بما زاد على الألف إلى تمام قيمة العرض ، وإن كان أكثر من قيمة العرض ، ، رجع الشفيع عليه بما زاد على قيمة العرض إلى تمام الألف ، وإذا كان للدار شفيعان ، شهد شاهدان أن أحدهما قد سلم الدار ، ولا يدرى من هو ، فالقاضى لا يقبل شهادتهما ، وللشفيعين أن يأخذاها بالشفعة ؛ لأنه لم يثبت تسليم أحدهما بهذه الشهادة .

١٣٤١١-وإذا كفل رجلان لمشترى الدار بالدرك ، ثم شهد الكفيلان على المشترى أنه قد سلم الدار للشفيع ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يبعدان العهدة عن أنفسهما .

١٣٤١٢-وإذا اشترى الرجل دارًا بعرض ، حتى كان للشفيع أن يأخذ الدار بقيمة العرض على ما يأتى بيانه فى موضعه ، واختلفا فى قيمة العرض يوم العقد ، فإن كان العقد قائمًا للحال ، ينظر إلى قيمته فى الحال ، ويجعل الحال حكمًا على ما قبله ، وهذا لأن قيمة ما سوى الحيوانات من العروض لا يتغير ساعة فساعة ، فيمكن أن يجعل الحال حكمًا على ما قبله ، وإن كان العرض مستهلكًا ، فالقول قول المشترى ؛ لأن اختلافهما فى مقدار قيمة العرض اختلاف فى مقدار الثمن فى الحاصل ، وإن أقام أحدهما بينة ، قبلت

بينته، وإن أقاما البينة، فهذا وما لو اختلفا فى قيمة البناء المحترق سواء.

١٣٤١٣-وإذا تزوج امرأة على دار على إن ردت على الزوج ألف درهم، فعلى قول أبى حنيفة: لا شفعة للشفيع فى شىء من الدار، وعلى قولهما: له الشفعة فيما ملك بيعًا، ولا شفعة فيما ملك مهرًا، وقد مرّ هذا فى صدر الكتاب، ثم عندهما لما وجبت الشفعة فيما ملك بالبيع يقسم الدار على مهر مثلها وعلى ألف درهم، فإن كان مهر مثلها ألفًا، انقسمت الدار عليهما نصفين، فيكون نصف الدار مهرًا بإزاء البضع والنصف بيعًا بإزاء الألف، فإن اختلفا فى مهر مثلها وقت العقد، فقال الزوج: كان مهر مثلها ألفًا، وللشفيع نصف الدار، وقال والشفيع: كان مهر مثلها خمسمائة، ولى ثلثا الدار، فالقول قول الزوج مع يمينه، إما لأن الشفيع يدعى لنفسه استحقاق زيادة سدس، والزوج ينكر، أو لأن اختلافهما حاصل فى مقدار الثمن، والشفيع مع المشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن، فالقول قول المشترى، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشترى عندهما، كما لو اختلفا فى مقدار قيمة البناء الهالك.

١٣٤١٤-وإذا ادعى على رجل حقًا فى أرض، أو دار، فصالحه على دار، فللشفيع فيها الشفعة بقيمة ذلك الحق الذى ادعى؛ لأن المأخوذ منه، وهو المدعى يزعم أنه ملك الدار بدلا عما هو مال، فيكون مقرًا للشفيع بالشفعة، فيؤاخذ بإقراره فى حقه، فإن اختلفا فى قيمة ذلك الحق، فالقول قول المدعى، وهو المأخوذ منه الدار؛ لأن حاصل اختلافهما فى مقدار الثمن، وإن أقاما البينة على قيمته، ذكر ههنا أن البينة بينة الشفيع عند أبى حنيفة.

١٣٤١٥-إذا اشترى الرجل دارًا بألف درهم، وقبضها، ونقد الثمن، ثم جاء الشفيع، فقال المشترى: قد أحدثت فيها هذا البناء، وكذبه الشفيع، وقال: كان هذا البناء فيها، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه ينكر ثبوت حق الشفعة فى البناء، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع؛ لأنه أشبه بالمدعين؛ لأنه مخير بين أن يدعى وبين أن يترك، وهذا هو حد المدعى، والبينات فى الأصل شرعت حجة للمدعين، فمن كان أشبه بالمدعين، كان بينته أولى بالقبول.

وإذا اشترى أرضًا، فجاء الشفيع يأخذها بالشفعة، وفيها أشجار ونخيل، فقال المشترى: أحدثت الأشجار والنخيل فيها، وقال الشفيع: اشتريتها مع هذه الأشجار

والنخيل، فإن كان من وقت الشراء إلى وقت الأخذ بالشفعة مدة لا يمكن إحداث مثل هذه الأشجار فيها، لا يقبل قول المشترى، وإذا كان مدة يمكن إحداث مثل هذه الأشجار، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه لم يثبت كذب ما قاله المشترى فى هذه الصورة بخلاف الصورة الأولى.

١٣٤١٦-وإذا قال المشترى للشفيع: اشتريت الدار، أو قال: اشتريت الأرض بخمسمائة، ثم اشتريت البناء بخمسمائة، ولا شفعة للشفيع فى البناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما معًا، فالقول قول الشفيع مع يمينه على علمه استحسانًا يحلف بالله ما يعلم أنه اشتراهما بعقدين؛ لأن المشترى أقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى الأرض والبناء، وهوالشراء، وبدعوى تفرق الصفقة ادعى سقوط حق الشفيع فى البناء، ولو قال المشترى: باعنى الأرض بغير بناء، ثم وهب لى البناء، أو قال: وهبنى البناء، ثم باعنى الأرض، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما، فالقول قول المشترى؛ لأن المشترى فى هذه الصورة لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى البناء، بل أنكر حقه، ولا كذلك الصورة الأولى.

وكذلك إذا قال المشترى: وهب لى هذا البيت مع طريقه إلى باب الدار، وباعنى الباقى من الدار بألف درهم، وقال الشفيع: لا، بل اشتريت كلها، فالقول قول المشترى فى البيت لإنكاره سبب ثبوت حق الشفيع فى البيت، ويأخذ الشفيع الدار كله غير البيت وطريقه إن شاء؛ لأن المشترى أقر بسبب ثبوت حق الشفيع فيما سوى البيت وطريقه، وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة فى الحقوق، فلا يثبت ما ادعى من غير حجة، وإن أقر بهبة البيت للمشترى، وادعى المشترى أن الهبة كانت قبل الشراء، فلا شفعة للجار؛ لأنى شريك للحقوق وقت شراء الباقى، والجار يقول: لا، بل كان الشراء قبل الهبة، ولى الشفعة فيما اشتريت، فالقول قول الشفيع؛ لأن العقدين قد ظهرا، وقد جهل التاريخ، فيجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا كانت الشفعة للجار، لأن شركة المشترى فى الحقوق ههنا يثبت بعد الشراء؛ لأن الهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والشراء يفيد الملك بنفسه، فكان شركة المشترى فى الحقوق بسبب الهبة حادثة بعد الشراء، والشركة الحادثة بعد الشراء لا تبطل شفعة الجار، وإذا قامت البينة على الهبة قبل الشراء، فإن صاحبها أولى بالشفعة من الجار.

١٣٤١٧- ولو ادعى المشترى أنه اشترى الأرض والبناء بصفقة واحدة، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريتها بصفقتين، ولى أن آخذ الأرض دون البناء، فالقول قول المشترى مع يمينه، ولم يذكر القياس والاستحسان فى هذه المسألة، وفيما إذا ادعى المشترى تفرق الصفقة، وهى المسألة التى تقدم ذكرها، ذكر القياس والاستحسان، وذكر أن القول قول الشفيع مع يمينه استحسانًا، ويكون ما ذكر أن القول قول المشترى جواب الاستحسان.

١٣٤١٨- رجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وأقام رجل آخر بينة أنه اشترى هذا البيت من هذه الدار من فلان منذ شهر بكذا، فإنه يقضى بالبيت لصاحب الشهر، وببقية الدار للآخر؛ لأن الشراء حادث، والأصل فى الحوادث أن يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات ما لم يؤرخ الشهود، وشهود مشترى البيت أرخوا شراءه، أما الشهود بشراء الباقى ما أرخوا شراءه، فيثبت شراء البيت منذ شهر [ويثبت شراء الباقى للحال، ثم مشترى البيت منذ شهر أولى بشفعة باقى الدار من الجار؛ لأن شراء البيت لما ثبت قبل][(١)] شراء الباقى من الدار، كان مشترى البيت شريكًا فى الحقوق منذ شراء الباقى من الدار، والشريك فى الحقوق مقدم على الجار، ولو لم يوقت واحد منهما، قضيت بالبيت بينهما، وقضيت بباقى الدار للآخر، ولا شفعة لواحد منهما فيما صار لصاحبه؛ لأنه ظهر كل الأمرين، ولم يعرف التاريخ، فيجعل كأنهما وقعا معًا، وإذا كان داران متلازقان، فادعى أحدهما شراء أحدهما منذ شهرين، وادعى الآخر شراء الآخر منذ شهر، فالشفعة لصاحب الشهرين، ولو لم يوقت شهود واحد منهما، فلا شفعة لواحد منهما.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثالث عشر
فى التوكيل بالشفعة، وتسليم الوكيل الشفعة وما يتصل به

١٣٤١٩ – ويجوز التوكيل بطلب الشفعة ؛ لأنه توكيل بالخصومة، وبالشراء، والتوكيل بكلا الأمرين جائز، وإذا أقر المشترى بشراء الدار، والدار فى يديه، وجبت فيها الشفعة، وخصمه الوكيل؛ لأنه أقر بثبوت حق الشفعة فيما فى يديه، ولو أقر بالملك فيما فى يديه، أليس يصح إقراره؟ فكذا إذا أقر بحق الشفعة، ولايقبل من المشترى بينة أنه اشتراها من صاحبها إذا كان صاحبها غائبًا؛ لأن البينة على الغائب لا تقبل من غير خصم، ولا خصم عن الغائب ههنا، حتى لو حضر صاحبها بعد إقامة المشترى البينة على الشراء منه، وصدقه فيما أقر له من الملك، وكذبه فيما ادعى من الشراء، يسترد الدار من يد الشفيع، ويسلم إلى البائع؛ لأنهم اتفقوا على أن أصل الملك كان له، ولم يثبت النقل من المشترى، ولكن يحلف صاحبها بالله ما بعتها من هذا المشترى، فإذا حلف حينئذٍ ترد الدار عليه، فإن قامت بينة بمحضر صاحبها أنه باعها من المشترى، ثبت الشراء، وسلمت الدار للشفيع، وتقبل هذه البينة من المشترى ومن الشفيع؛ لأن المشترى يثبت عقده، والشفيع يثبت حقه فى الشفعة، وإن أقر البائع بالبيع، وأنكر المشترى، والدار فى يد البائع، قضى بالشفعة، لما ذكرنا فى جانب المشترى، وخصمه الوكيل، وإن أقر المشترى والبائع بالبيع، ولكن قالا: لا شفعة لفلان فيها، فإن القاضى يسأل الوكيل البينة على الحق الذى وجب به لموكله الشفعة من شركة أو جوار، فإن أقامها قضى له بالشفعة، وإلا فلا، وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل، والحكم فى حق الموكل إذا أنكر البائع والمشترى شفعته هذا، فكذا فى حق الوكيل، وإذا أراد الوكيل إثبات الشفعة لموكله بالجوار، ينبغى أن يقيم بينة أن الدار التى إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان، هكذا ذكر محمد، وقد ذكرنا فى فصل إنكار المشترى جوار الشفيع كيفية الشهادة فى حق الأصل، فيجب أن يكون فى حق الوكيل كذلك، ولو أقام بينة أن الدار التى إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان، لا يكفى به كما فى حق الموكل لو أقام البينة لنفسه، وإذا أراد إثبات الشفعة

بالشركة، فأقام بينة أن لموكله فلان نصيبًا من هذه الدار المبيعة، ولم يبين المقدار، لا يقبل ذلك منه، ولا يقضى له بالشفعة؛ لأنه لايمكن القضاء بالشفعة إلا بالقضاء بالشركة، وتعذر القضاء بالشركة لمكان الجهالة، وهذا بخلاف ما لو أقام المدعى بينة على المحبوس في السجن أنه موسر، فإنه تقبل بينته، وإن لم يبين مقدار ملكه حتى يخلده القاضى فى السجن ببينة المدعى، وتخليده فى السجن لا يستحق إلا باليسار، ويساره لا يثبت إلا بالملك [كما أن الشفعة لا يستحق إلا بالملك، والفرق أن فى مسألة المديون القضاء بالملك][1] له مع إنكاره غير ممكن، ألا ترى أنه مع بيان مقدار ملكه لا يمكن للقاضى أن يقضى له بالملك لجحوده، ولما تعذر القضاء بالملك هناك، لم يشترط القضاء باليسار لإمكان القضاء بالملك، وفى مسألة الشفعة أمكن للقاضى القضاء بالملك للشفيع؛ لأنه يدعى، فلا يسقط اعتبار اشتراط القضاء بالملك للقضاء بالشفعة، وتعذر القضاء بالملك لمكان الجهالة.

١٣٤٢٠ - وإذا وكل الرجل رجلا بأخذ دار له بالشفعة، ولم يعلمه الثمن، صح التوكيل، وإذا أخذها الوكيل بما اشتراها المشترى، لزم الموكل، وإن كان ذلك ثمنًا كثيرًا، بحيث لا يتغابن الناس فيه، سواء أخذها بقضاء أو بغير قضاء، بخلاف الوكيل بالشراء إذا اشترى بثمن كثير لايتغابن الناس فى مثله، حيث لا يلزم الموكل، والفرق أن فى فصل الشفعة الثمن منصوص عليه، وهو الثمن الذى اشتراه المشترى؛ لأن الأخذ بالشفعة بمثل ذلك الثمن، وقد اشتراه به، فأما فى فصل الشراء الثمن غير منصوص عليه، فيتعرف المقدار بالعرف.

١٣٤٢١ - وإذا وكل رجل هو ليس بشفيع الدار شفيع الدار أن يأخذ الدار له بالشفعة، فأظهر الشفيع ذلك، فقد بطلت شفعته؛ لأنه قصد التملك من جهة المشترى لغيره، فيعتبر بما لو قصد التملك من جهته لنفسه بأن ساومه، وذلك مبطل شفعته، فإن اشترى الشفيع ذلك حتى أخذها من المشترى، ثم علم المشترى بذلك إن سلمها بغير قضاء قاض، جاز ذلك، ولم يكن للمشترى أن يأخذها، وصار الشفيع مشتريًا للآمر؛ لأنه سلم الدار بالشفعة فى موضع لا شفعة للشفيع، فيكون بيعًا مستأنفًا إذا حصل برضا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المشترى، وإن أخذها بقضاء قاضٍ، فإنها ترد على المشترى؛ لأنه لما لم يكن له أخذ الدار بالشفعة[1]، تبين أن القاضى قضى للوكيل بالدار بغير سببه، ولا يمكن أن يجعل شراء مستقبلا لانعدام الرضى من المشترى، ولا يصح توكيل الشفيع المشترى بأخذ الشفعة، سواء كانت الدار فى يده [أو فى يد البائع إن كانت الدار فى يده][2]؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والإنسان لا يصلح وكيلا بالشراء من نفسه، وإن كانت الدار فى يد البائع، فلأنه ساع فى بعض ما تم به؛ لأن بالأخذ بالشفعة ينفسخ الشراء الذى جرى بين البائع وبين المشترى، وكذا لا يصح توكيل البائع بذلك إن كانت الدار فى يد البائع قياسًا واستحسانًا، وإن كانت الدار فى يد المشترى، صح توكيله قياسًا، وفى الاستحسان لا يصح؛ لأنه ساعٍ فى نقض ما تم به من وجه؛ لأن الأخذ بالشفعة من المشترى إن كان تمليكًا مبتدأ من جهة المشترى من وجه، فهو بمنزلة الاستحقاق من وجه أنه يأخذ[3] من غير رضا المشترى بحق سابق له على حق المشترى، فمن هذا الوجه يصير البائع ساعيا فى نقض ما تم به.

١٣٤٢٢- وإذا وكل رجلا بطلب الشفعة بكذا وكذا درهمًا، وأخذه، فإن كان المشترى اشترى بذلك المقدار، أو بأقل، فهو وكيل، وإن كان المشترى اشترى بأكثر من ذلك، فهو ليس بوكيل؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والوكيل بالشراء بثمن معين يملك الشراء به، وبأقل منه، ولا يملك الشراء بأكثر منه، وكذلك إذا قال: وكلتك إن كان فلان اشتراها، فإذا قد اشتراها غيره، لا يكون وكيلا.

١٣٤٢٣- وإذا وكل وكيلين بأخذ الشفعة، فلأحدهما بدون الآخر أن يخاصم، ولا يأخذ الشفعة بدون الآخر.

١٣٤٢٤- وإذا وكل وكيلا بأخذ الشفعة، فليس للوكيل أن يوكّل غيره، إلا أن يكون الآمر أجاز ما صنع، وإن أجاز ما صنع، ووكل الوكيل وكيلا، وأجاز ما صنع، لم يكن لهذا الوكيل الثانى أن يوكّل غيره.

---

(١) وفى "ف": بالشفعة سواء كانت تبين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

(٣) وفى "م": من وجه من حيث إنه يأخذ.

١٣٤٢٥– الوكيل بالشفعة إذا سلم الشفعة، ذكر في شفعة "الأصل": أنه إن سلم في مجلس القاضي صح، وإن سلم في غير مجلس القاضي لا يصحّ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: يصح تسليمه في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي، فعلى رواية كتاب الشفعة: جوز تسليمه في مجلس القاضي، ولم يحكِ فيه خلافًا، وذكر في كتاب الوكالة والمأذون الكبير أن تسليمه في مجلس القاضي صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد، وتبين بما ذكر في كتاب الوكالة والمأذون أن ما ذكر في الشفعة قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإقراره على موكله بالتسليم في مجلس القاضي صحيح بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة، وإقراره في غير مجلس القاضي باطل عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: صحيح.

ومحمد فرق بين تسليمه في مجلس القاضي وبين إقراره بالتسليم على موكله في مجلس القاضي، والفرق أن إقراره إنما صح من حيث إنه حق[1] الخصومة، والتسليم ليس حق[2] الخصومة، بل هو إبطال حق على الموكل، والوكيل مأمور باستيفاء الحق لا بإبطاله، ألا ترى أن الوكيل بالخصومة في الدين يملك الإقرار على موكله بالقبض، ولا يملك الإبراء.

١٣٤٢٦– الوكيل بالشفعة إذا طلب الشفعة، وادعى المشتري التسليم، فهذا على وجهين: الأول: أن يدعي التسليم على الموكل، ويطلب يمين الوكيل بالله ما يعلم أن الموكل قد سلم الشفعة، أو يطلب يمين الموكل بالله ما سلمني الشفعة، فإن طلب يمين الوكيل، فالقاضي لا يحلفه؛ لأن أصل الدعوى وقع على الموكل، فإنه ادعى تسليم الموكل واستحلاف غير من توجه عليه الدعوى بمنزلة البدل عن استحلاف من توجه عليه الدعوى، ولا يصار إلى البدل على إمكان المصير إلى الأصل، وما دام الموكل حيًّا، فاستحلافه ممكن، بخلاف ما لو ادعى دينًا على ميت، وأنكر الوارث ذلك، وطلب المدعي من القاضي أن يحلف الوارث، فالقاضي يحلفه على علمه؛ لأن هناك وقع

---

(١) وفي "ف": إنه جواب الخصومة.

(٢) وفي "ف": ليس جواب الخصومة.

العجز عن المصير إلى الأصل، وإن طلب يمين الموكل، فالقاضي يقول له: سلم الدار إلى الوكيل ليأخذها لموكله بالشفعة، وانطلق واطلب يمين الموكل، وهو نظير ما لو وكل رجلا بقبض الدين، فقال المديون: أريد يمين الموكل بالله ما أبرأني، فالقاضي يقضي عليه بالمال، ويأمره بالأداء إلى الوكيل، ويقول له: انطلق واطلب يمين الموكل، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبًا، وأراد رده على البائع، فطلب البائع يمين الموكل بالله ما رضى بالعيب، كان له ذلك، ولا يرده حتى يحضر الموكل، ويحلف.

الوجه الثاني: أن يدعى التسليم على الوكيل، ويطلب يمينه، فالقاضي لايحلفه عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف.

١٣٤٢٧- وإذا شهد شاهدان على الوكيل أنه سلم الشفعة عند غير القاضي، فشهادتهما باطلة عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف، وكذلك إذا شهد شاهدان عليه أنه قد سلم عند القاضي، ثم عزل قبل أن يقضي القاضي، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، ولو أقر الوكيل عند القاضي أنه قد سلم الشفعة عند غير القاضي، أو عند قاضٍ آخر، فإقراره صحيح، ويكون هذا بمنزلة إنشاء التسليم عند هذا القاضي، وهو نظير ما لو شهد شاهدان على رجوع الشهود عن شهادتهم في غير مجلس القاضي، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، ولو أقر الشهود عند القاضي أنهم قد رجعوا عن شهادتهم في غير مجلس القاضي، صح إقرارهم، وجعل ذلك بمنزلة إنشاء[1] الرجوع عند هذا القاضي.

في "فتاوى أهل سمرقند": بأن إذا وكل رجلا ببيع داره، فباعها بألف درهم، ثم حط عن المشترى مائة درهم، وضمن ذلك الآمر، فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بالألف؛ لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد.

١٣٤٢٨- في "فتاوى الفضلي": الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض، فجاء الشفيع، وأراد أن يطلب الشفعة من الوكيل، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الدار في يد الوكيل، وفي هذا الوجه الطلب منه صحيح.

الوجه الثاني: أن يكون الوكيل قد سلم الدار إلى الموكل، وفي هذا الوجه لايصح الطلب من الوكيل، هكذا كان يقول الفقيه إبراهيم، وهكذا ذكر في "الأجناس" عن

---

(١) وفي "ظ": بمنزلة إقرار الشهود إنشاء الرجوع.

محمد، قال الصدر الشهيد: هو المختار، وقال القاضي الإمام على السغدى: الصحيح أنه يصح الطلب منه على كل حال؛ لأنه هو العاقد، قال الصدر الشهيد: والجواب فى الوكيل مع الموكل كالجواب فى البائع مع المشترى إن كانت الدار فى يد البائع فالطلب منه صحيح، وإن كانت فى يد المشترى لا يصح الطلب من البائع، هو المختار، غير أن فرق ما بين الوكيل والبائع أن البائع إذا لم يسلم الدار لا يكون خصمًا حتى يحضر المشترى، والوكيل إذا قبض، فهو خصم، وإن لم يحضر الموكل، هذا هو الكلام فى الطلب، وأما الكلام فى تسليم الشفعة فتسليم الشفعة عند الوكيل، فقد ذكرنا فى فصل تسليم الشفعة.

١٣٤٢٩- فى "القدورى": قال أصحابنا: إذا قال المشترى قبل أن يخاصم فى الشفعة: اشتريت هذه الدار لفلان، وسلمتها إليه، ثم حضر الشفيع، فلا خصومة بين الشفيع وبين المشترى؛ لأن إقراره قبل الخصومة صحيح، فصار كما لو كانت الوكالة معلومة، فأما إذا خوصم، ثم أقر بذلك لم تسقط الخصومة عنه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع، وهو يريد إسقاط الخصومة عن نفسه.

قال: وروى عن محمد: أن المشترى إذا قال: أنا أقيم البينة أنى أقررت بهذا القول قبل الشراء، لم تقبل بينته لإثبات الملك للغائب، ولا خصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له.

وفى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف: رجل اشترى دارًا لغيره، وأشهد قبل شراءها، أو بعد شراءها، معنى قوله: أشهد، قال بلسانه أنه اشتراها لفلان بمال، وأمره، وطلب الشفيع الشفعة، فالمشترى خصم فى ذلك، ولو كان له شاهدان أن فلانًا أمره بشراءها، لم يكن هو خصمًا للشفيع -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الرابع عشر
فى شفعة الصبى

١٣٤٣٠ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": الصغير والكبير فى استحقاق الشفعة سواء؛ لأنهما فى سبب استحقاق الشفعة سواء، قال: والحبل فى استحقاق الشفعة والكبير سواء؛ لأن الحبل يرث، فيثبت له الشركة[1] والجوار، كما يثبت للكبير، وإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء، فله الشفعة؛ لأنا تيقنا بوجوده يوم البيع، وكان وضعه بمنزلة قدومه، وهو غائب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا منذ وقع الشراء، فإنه لا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكمًا إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع، وورث الحبل منه، حينئذٍ يستحق الشفعة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا؛ لأن وجوده وقت البيع ثابت حكمًا لما ورث من أبيه، ثم لما وجبت الشفعة للصغير، فالذى يقوم بالطلب والأخذ من قام مقامه شرعًا فى استيفاء حقوقه، وهو أبوه، ثم وصى أبيه، ثم جده أب أبيه، ثم وصى الجد، ثم وصى نصبه القاضى، فإن لم يكن له أحد من هؤلاء، فهو على شفعته، ثم إذا أدرك، فإذا أدرك وقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة، فاختار رد النكاح، أو طلب الشفعة، فأيهما ما كان أولا يجوز، ويبطل الثانى، والحيلة فى ذلك أن يقول: طلبتهما الشفعة والخيار، وإذا كان له أحد من هؤلاء، فترك طلب الشفعة مع الإمكان، بطلت الشفعة حتى لو بلغ الصغير، لايكون له حق الأخذ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف.

وقال محمد: لا تبطل الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم الشفعة إذا سلم الأب والوصى ومن بمعناهما شفعة الصغير، صح تسليمه عند أبى حنيفة وأبى يوسف، حتى لو بلغ الصبى لا يكون له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن تسليم الشفعة وترك طلبها ترك التجارة؛ لأن الأخذ بالشفعة تجارة، وطلبها طلب التجارة، فتركها يكون ترك التجارة، ومن ملك التجارة فى مال إنسان ملك تركها أيضًا، ولأن أخذ الشفعة يكون بعوض،

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: الشفعة.

فتسليم الشفعة إن كان يسقط حق الصغير، ولكن بعوض، وإسقاط حق الصغير بعوض داخل تحت ولاية هؤلاء، ألا ترى أنهم ملكوا بيع مال الصغير، ثم تسليم الأب والوصى شفعة الصغير صحيح عند أبى حنيفة وأبى يوسف، سواء كان التسليم فى مجلس القاضى، أو فى غير مجلس القاضى، بخلاف تسليم الوكيل فى غير مجلس القاضى عند أبى حنيفة؛ لأنهما نائبان عن الصغير فى مجلس القضاء وغيره، وأما الوكيل نائب عن الموكل [فى مجلس القاضى؛ لأنه وكيل بالخصومة، ومعدن الخصومة دار القضاء[١]، فكأن الموكل][٢] قال له: أنت وكيلى فى مجلس القضاء.

١٣٤٣١- إذا اشترى دارًا لابنه الصغير، والأب شفيعها، كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا، كما لو اشترى الأب مال ابنه لنفسه، ثم كيف يقول، يقول: اشتريت وأخذت بالشفعة، ولو كان مكان الأب وصيًا، ذكر شمس الأئمة السرخسى هذه المسألة فى أول باب تسليم الشفعة، ولم يشبع فى الجواب، وذكر الصدر الشهيد هذه المسألة فى واقعاته، وشوش الجواب، والجواب المشبع إن كان فى أخذ الوصى هذه الدار بالشفعة منفعة للصغير، بأن وقع شراء الدار بغبن يسير، بأن كان مثلا قيمة الدار عشرة، وقد اشتراها الموصى بأحد عشر، فإن الغبن اليسير يتحمل من الموصى فى تصرفه مع الأجانب، وبأخذ الموصى بالشفعة يرتفع ذلك الغبن، فإذا كانت الحالة هذه، كان أخذ الوصى بالشفعة منتفعًا به فى حق الصغير، وكان للوصى أن يأخذ بالشفعة على قياس قول أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، كما فى شراء الوصى شيئًا من مال الصغير لنفسه، وإن لم يكن فى أخذ الوصى هذه الدار بالشفعة منفعة فى حق الصغير، بأن وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة، لا يكون للوصى الشفعة بالاتفاق، كما لا يكون للوصى أن يشترى شيئًا من مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق، ومتى كان للوصى ولاية الأخذ يقول: اشتريت وطلبت الشفعة، ثم يرفع الأمر إلى القاضى حتى ينصب قيما عن الصبى، فيأخذ الوصى منه بالشفعة، ويسلم الثمن إليه، ثم القيم يسلم الثمن إلى الوصى.

---

(١) وفى "ف": مجلس القضاء بدلا من دار القضاء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٣٤٣٢ - وفى "فتاوى الفقيه أبى الليث" : وفى "فتاوى الفقيه أبى بكر" : لو اشترى لابنه الصغير دارًا ، والأب شفيعها ، لا يأخذ بالشفعة ما لم يدرك الابن ، أو ينصب الحاكم له خصمًا ، قال الفقيه أبو الليث : هذا الجواب فى الوصى ، فأما الأب لايأخذ ؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه ، صح كذا هنا يأخذ من غير قضاء .

وعن شداد : أن الوصى يشهد على طلب الشفعة ، ويترك حتى يبلغ الصبى ، ولو كان الصبى شفيع دار اشتراها الوصى ، لا يشهد ولا يدرك الشفعة له حتى يدرك اليتيم .

اشترى الأب لنفسه دارًا ، وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير حتى بلغ الصغير ، فليس للذى بلغ أن يأخذها بالشفعة ؛ لأن الأب كان متمكنًا من أخذها بالشفعة ؛ لأن الشراء لا ينافى الأخذ بالشفعة ، فسكوته يكون مبطلا للشفعة .

١٣٤٣٣ - ولو باع الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا يبطل شفعة الصغير حتى لو بلغ الصغير ، كان له أن يأخذها ؛ لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعًا ، وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلا ، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة السرخسى فى باب تسليم الشفعة ، وهكذا ذكر القدورى فى شرحه ، وأحاله إلى "نوادر أبى يوسف" .

١٣٤٣٤ - وأما الوصى إذا اشترى دارًا لنفسه ، أو باع دارًا له ، والصبى شفيعها ، فلم يطلب الوصى شفعته ، فاليتيم على شفعته إذا بلغ ؛ لأن الوصى لا يملك البيع والشراء للصغير مع نفسه إلا إذا كان فيه منفعة للصغير ، وإذا لم يملك الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا ، هكذا ذكر القدورى فى شرحه .

وفى "نوادر هشام" : قال : قلت لمحمد : ما تقول فى رجل اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الشفعة ، قال : أما فى قياس قول أبى حنيفة : لا شفعة للصغير ؛ لأن تسليم الأب جائز عليه ، فأما فى الوصى فهو على شفعته ؛ لأنه لايقدر أن يأخذه له من نفسه ، ويجب أن يكون الجواب فى شراء الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها على التفصيل ، إن لم يكن للصبى فى هذا الأخذ ضرر ، بأن وقع شراء الأب الدار بمثل القيمة ، أو بأكثر مقدار ما يتغابن الناس فى مثله ، لايكون للصغير الشفعة إذا بلغ ، وإن كان للصغير فى هذا الأخذ ضرر ، بأن وقع هذا أى شراء الأب بأكثر من القيمة

مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، كان له الشفعة إذا بلغ؛ لأن الأب لا يملك التصرّف فى مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر، فلم يكن الأب متمكنًا من الأخذ فى هذه الصورة، فلا يكون سكوته مبطلا للشفعة، والذى يؤيد هذا مسألة ذكرها شمس الأئمة السرخسى فى باب تسليم الشفعة.

١٣٤٣٥ - وصورتها: رجل اشترى دارًا بأكثر من قيمتها، وصغير شفيعها، فسلم الأب شفعتها، لا يصح تسليمه عندهم جميعًا، هو الصحيح؛ لأن الأب لا يملك الأخذ ههنا بالاتفاق لكثرة الثمن، والسكوت عن الطلب والتسليم إنما يصح ممن يملك، فيبقى الصبى على حقه إذا بلغ، ويجب أن يكون الجواب فى الوصى إذا اشترى دارًا لنفسه، والصغير شفيعها، فلم يطلب حتى بلغ الصبى على التفصيل أيضًا إن كان للصغير فى الأخذ بالشفعة منفعة، فلا شفعة للصغير إذا بلغ عند أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أبى يوسف؛ لأن الوصىّ لو اشترى من مال نفسه شيئًا للصغير، وللصغير فيه منفعة ظاهرة، جاز عند أبى حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، وكان الوصى متمكنًا من الأخذ، فكان سكوته مبطلا شفعته، فإن لم يكن للصغير فى الأخذ بالشفعة منفعة ظاهرة، كان له الأخذ بالشفعة إذا بلغ بالاتفاق؛ لأن الوصى لا يتمكن من الأخذ فى هذا الوجه بالاتفاق، فلا يكون سكوته مبطلا.

ولو كان الوصى باع الدار، وباقى المسألة، فالصغير على شفعته إذا بلغ بالاتفاق، كما فى الأب إذا قال الأب أو الوصى: اشتريت هذه الدار بألف درهم للصغير، فقال له الشفيع: اتق الله، فإنك اشتريتها بخمسمائة، فصدقه، فإنه لايصدق، ويأخذ الدار بألف درهم حتى يقيم البينة على المشترى بخمسمائة.

الفصل الخامس عشر
فى حكم الشفعة

١٣٤٣٦- إذا وقع الشراء بالعروض، قد ذكرنا قبل هذا أن الشراء إذا وقع بما ليس من ذوات الأمثال، فالشفيع يأخذ الدار بقيمة ما وقع الشراء به، قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا اشترى الرجل دارًا بعبد بعينه، وأخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضى، ثم استحق العبد، بطلت الشفعة، وأخذ الدار من الشفيع، وهذا لأن الشراء بالمستحق شراء فاسدًا، ولهذا لا يفيد الملك فى بدل المستحق إلا بالقبض، ولا شفعة فى الشراء الفاسد، فظهر أن القاضى أخطأ فى قضاءه حيث قضى بالشفعة، ولا شفعة، فيرد قضاءه، وذلك برد حكمه، فلهذا قال: يسترد الدار من يد الشفيع.

فإن قيل: ينبغى أن لا يسترد الدار من يد الشفيع، وإن ظهر أنه لم يكن له الشفعة عند أبى حنيفة؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالشراء، والقاضى متى قضى بالشراء يثبت الشراء بقضاءه، وإن لم يكن بينهما شراء.

قلنا: القضاء بالشفعة قضاء بالشراء من وجه، وقضاء بالملك المرسل من وجه، لما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الاستحقاق من وجه من حيث إن الشفيع يأخذ الدار من غير رضا المشترى بحق سابق، والقضاء بالشراء إن كان ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند أبى حنيفة، فالقضاء بالملك المرسل لا ينفذ باطنًا، فلا ينفذ القضاء بالشفعة ظاهرًا وباطنًا بالشك، فلهذا قال: يسترد الدار من يد البائع، هذا إذا أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضى، وإن كان المشترى قد سلم الدار إلى الشفيع بقيمة العبد بغير قضاء، إن كان قد سمى للشفيع قيمة العبد كذا وكذا حتى صار الثمن معلومًا من كل وجه، ثم استحق العبد، ليس للمشترى على الدار سبيل، ويجعل ذلك بيعًا مبتدأً لوجود حده، وهو التملك والتمليك بالتراضى لما تبين أنه لم يكن له شفعة، ويكون للبائع على المشترى قيمة الدار؛ لأن باستحقاق العبد يتبين أن الشراء وقع فاسدًا، والمشترى شراء فاسدًا إذا باع ما اشترى، نفذ بيعه، ويضمن للبائع قيمة ما اشترى، وإن لم يكن سمى

للشفيع قيمة العبد كذا وكذا، ولكن قال: سلمت الدار لك بقيمة العبد، كان للمشترى أن يستردّ الدار من الشفيع.

١٣٤٣٧- وإذا اشترى دارًا بعبد، وهلك العبد فى يد البائع قبل التسليم فى يد المشترى، كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وهذا لأن بهلاك العبد، وإن فسد البيع لما عرف أن هلاك أحد البدلين فى بيع المقايضة يوجب فساد العقد، إلا أنه إنما فسد البيع بعد وقوعه بوصف الصحة، وأنه لا ينافى حق الشفعة، ولو لم يمت العبد حتى أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد، إن أخذها من البائع، لم يبقَ للبائع على العبد الذى جعله المشترى ثمنًا لهذا الدار سبيل؛ لأن بأخذ الشفيع الدار من البائع ينفسخ شراء المشترى، وإن أخذها من المشترى، ثم مات العبد فى يد البائع قبل التسليم إلى المشترى، فالقيمة التى أخذها المشترى من الشفيع يكون للبائع.

١٣٤٣٨- وإذا اشترى دارًا بعبد غيره، وأجاز صاحب العبد الشراء، فللشفيع الشفعة؛ لأن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ويأخذها بالشفعة بقيمة العبد لما ذكرنا.

١٣٤٣٩- وإذا وقع الشراء بكيل أو موزون بعينه، واستحق المكيل أو الموزون [فقد بطلت الشفعة؛ لأن المكيل أو الموزون إذا كان بعينه، فهو والعبد سواء، وإن كان المكيل أو الموزون][1] فى الذمة، فأوفاه ذلك، ثم استحقّ ذلك، فشفعة الشفيع على حاله؛ لأن المكيل والموزون إذا كان فى الذمة، فهو والدراهم سواء.

فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: رجل اشترى من آخر دارًا بالكوفة بكر حنطة بعينه، أو بغير عينه، وتقابضا، ثم خاصمه الشفيع فى الدار بمرو، وقضى له عليه بالشفعة، والدار بكوفة أو بمرو، وقال: إن شاء المشترى أخذ الشفيع حتى يأخذ ثمنه حنطة مثلها بكوفة، وسلم له الدار بمرو، وإن شاء سلم له الدار، وأخذ منه بمرو قيمة الحنطة بالكوفة.

وقال فى موضع آخر من "المنتقى": إن كان قيمة الكر فى الموضعين سواء، أعطاه الكر حيث قضى له بالشفعة، فإن كانت القيمة متفاضلة، نظر فى ذلك إن كان الكر فى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الموضع الذى يريد الشفيع أن يعطى أغلى، فذلك إلى الشفيع، يعطيه ذلك حيث شاء، وإن كان أرخص، فرضى به المشترى، فذلك إليه، وإن تساويا، أعطى المشترى قيمة ذلك فى الموضع الذى فيه ما يساوى فى موضع الشراء.

الفصل السادس عشر
فى الشفعة فى فسخ البيع، والإقالة وما يتصل بذلك

١٣٤٤٠- مشترى الدار إذا وجد بالدار عيبًا بعد ما قبضها، وردها بالعيب، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة إن كان الرد بالعيب بغير قضاء قاضٍ ؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء بيع جديد فى حق الثالث، والشفيع ثالث، فصار فى حق الشفيع كأن المشترى باع الدار من البائع، ولو كان الرد بقضاء قاض، فليس للشفيع أن يأخذها ؛ لأن الرد بقضاء فسخ فى حق الكل، وليس ببيع جديد أصلا لانعدام حده، وهو التمليك والتملك بالتراضى، وحق الشفيع إنما يثبت فى العقد لافى الفسخ، وإن كان الرد بالعيب قبل القبض، فإن كان بقضاء، فلا شفعة للشفيع، وإن كان بغير قضاء، فكذلك عند محمد ؛ لأنه تعذر اعتباره بيعًا جديدًا فى حق الشفيع ؛ لأن بيع العقار قبل القبض [عنده لا يجوز، وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فقد اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: للشفيع الشفعة ؛ لأن بيع العقار قبل القبض][١] عندهما يجوز، فأمكن أن يجعل هذا الرد بيعًا جديدًا فى حق الشفيع، وبعضهم قالوا: لا شفعة للشفيع ؛ لأن رضا البائع قبل القبض لاعبرة له ؛ لأن للمشترى حق الرد بالعيب قبل القبض، وإن لم يرض به البائع ؛ لأن الصفقة لم تتم بعد، ولو انعدم الرضا من البائع، لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا فى حق الشفيع، فكذا إذا لم يعتبر، فصار كما لو سلم المشترى الدار إلى الشفيع باختياره ورضاه، لا يعتبر ذلك بيعًا جديدًا فى حق الثالث، حتى و كان لهذه الدار شفيع آخر، وقد سلم الشفعة لا يتجدد له شفعة أخرى بهذا التسليم ؛ لأن للشفيع أن يأخذ منه بغير رضاه، فلم يكن لرضاه عبرة، كذا هنا.

١٣٤٤١- وإن كان المشترى رد الدار بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض بتراضيهما أو بغير تراضيهما ؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه فى حق الناس كافة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وإذا اشترى دارًا، أو أرضا، فسلم الشفيع الشفعة، ثم إن البائع والمشترى تصادقا أن البيع كان تلجئة، ورد المشترى الدار على البائع لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وكان ينبغى أن يتجدد؛ لأن إقرارهما بالتلجئة لا يعتبر فى حق الشفيع [ألا ترى أنهما لو أقر بذلك قبل تسليم الشفعة، لا يعتبر إقرارهما فى حق الشفيع][1] حتى كان للشفيع أن يأخذ الدار، كذا ههنا، وإذا لم يعتبر إقرارهما، لم يثبت التلجئة فى حق الشفيع، وكان الرد بسبب التلجئة فسخًا للعقد فى حقه، لا ردًا بالتلجئة فى حق الشفيع، وكان الفسخ متى حصل بالتراضى، يتجدد للشفيع حق الشفعة [والجواب: إنما لم يعمل إقرارهما بالتلجئة فى حق الشفيع قبل تسليم الشفعة][2]؛ لأن البيع صحيح ظاهرًا، ويثبت للشفيع حق الشفعة، فهما بهذا الإقرار يريدان إبطال حقه، فأما بعد تسليم الشفعة لم يبقَ للشفيع حق أصلا، فإقرارهما لا يتضمن بطلان حقه، فتثبت التلجئة بإقراره، فكان الرد بسبب التلجئة، فلا يتجدّد به حق الشفعة.

١٣٤٤٢- وفى "المنتقى": رجل اشترى دارًا، وقبضها، وسلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشترى قال: إنما كنت اشتريتها لفلان، وقال الشفيع: بل اشتريتها لنفسك، وهذا منك بيع مستقبل، وأنا آخذها بالشفعة بهذا البيع، فالقول قول الشفيع، فإن كان فلان غائبًا، لم يكن للشفيع أن يأخذ الدار [حتى يقدم الغائب من قبل أن الشفيع يدعى أن هذا باع الدار من الغائب، وليس للشفيع أن يأخذ الدار][3] من البائع حال غيبة المشترى، وإن قال المشترى: أنا أقيم البينة أن فلانًا كان أمرنى بذلك، وإنى اشتريتها له، لم تقبل بينته على ذلك حتى يحضر فلان.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

[ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٤٤٣ – إذا انفسخ البيع فيما بين البائع والمشترى بسبب هو فسخ من كل وجه، لا يبطل حق الشفعة؛ لأن حق الشفعة يعتمد وجود البيع لا بقاءه –والله أعلم–][1].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل السابع عشر
فى شفعة أهل الكفر

١٣٤٤٤– الكافر والمسلم فى استحقاق الشفعة سواء؛ لأنهما فى سبب استحقاق الشفعة سواء، فإذا اشترى نصرانى دارًا بميتة أو دم، فلا شفعة للشفيع؛ لأن الميتة والدم ليس بمال فى حقهم، فالشراء حصل بما ليس بمال، فلا شفعة[1]، وهذا بخلاف ما لو اشترى بخمر، أو خنزير؛ لأن ذلك مال فى حقهم، فالشراء حصل بما هو مال، فينعقد.

١٣٤٤٥– اشترى ذمى من ذمى دارًا بخمر، وتقابضا، ثم صار الخمر خلا، ثم أسلم البائع والمشترى، ثم استحق نصف الدار، وحضر الشفيع، أخذ النصف بنصف قيمة الخمر، ولا يأخذ بنصف الخل؛ لأن الشفيع إنما يأخذ الدار بمثل الثمن الذى هو مضمون على المشترى، والمضمون على المشترى الخمر دون الخل، وقد عجز الشفيع عن الأخذ بصورة الخمر، فيأخذ بمعناها، وهو القيمة، ثم يرجع المشترى على البائع بنصف الخل إن كان الخل قائمًا فى يده، وإن كان مستهلكًا، رجع عليه بمثل نصف الخل؛ لأنه لما استحق نصف الدار، ظهر أن نصف الخمر، كان فى يده بحكم عقد فاسد، والخمر التى اشتراها الذمى شراء فاسدًا إذا صارت خلا فى يده لا بصنعه، رد الخل بعينه إن كان قائمًا، وإن عجز عن رد عينه رد مثله، فإن عجز عن رد مثله فحينئذ رد قيمته، كذا ههنا.

١٣٤٤٦– اشترى الذمى من ذمى كنيسة أو بيعة، فللشفيع الشفعة، هكذا ذكر فى "الأصل"، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول عن المالك بجعله بيعة أو كنيسة، إنما يشكل فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك يزول عن المالك بهذا الصنع؛ لأنه باع ما لا يملك، فلا يجوز بيعه فى ديانته، ونحن أمرنا ببناء الأحكام على إعتقادهم، وأن نتركهم وما يدينون إلا ما استثنى عليهم من عهودهم، والوجه فى ذلك أنه لما أقدم على البيع فقد دان بديننا؛ لأن من ديننا أن الملك لا يزول عن المالك بما نقده

---

(١) وفى "ف" و "م": فلا ينعقد بدلا من فلا شفعة.

للمعصية، والذمى إذا دان بديننا يلزمه ذلك، كما فى نكاح المحارم إذا طلبا الفرقة من القاضى.

١٣٤٤٧- اشترى المرتد دارًا، ثم مات، أو قتل على الردة حتى بطل شراءه عند أبى حنيفة، ولو أسلم حتى نفذ شراءه، فللشفيع الشفعة؛ لأن شراء المرتد بمنزلة الشراء على أن المشترى بالخيار؛ لأنه توقف لمعنى من جهة المشترى، وهو ردته، ومن اشترى دارًا على أن المشترى بالخيار، كان للشفيع الشفعة، أجاز المشترى البيع أو فسخ، وإن باع المرتد دارًا، ثم مات، أو قتل على الردة، فلا شفعة للشفيع، وإن أسلم فله الشفعة؛ لأن بيع المرتد بمنزلة البيع على أن البائع بالخيار، ومن باع دارًا بشرط الخيار للبائع، إن أجاز البيع وجبت [الشفعة، وإن فسخه لايجب، كذا ههنا عند أبى حنيفة، وإذا كان الشفيع مرتدًا، أو طلب الشفعة من القاضى][1]، فالقاضى لا يقضى له بالشفعة حتى يسلم عند أبى حنيفة؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالشراء، وشراء المرتد موقوف عند أبى حنيفة بين أن ينفذ إذا أسلم، وبين أن يبطل إذا مات، أو قتل على الردة، فمتى قضى له بالشفعة صار معرضًا قضاءه للإبطال، وللقاضى أن يصون قضاءه عن النقض والإبطال، وإن أبطل القاضى شفعته، ثم أسلم بعد ذلك، فلا شفعة له؛ لأن قضاء القاضى قد نفذ لمصادفته محلا مجتهدًا فيه، فإن من العلماء من قال: لا شفعة للمرتد لا على الكافر، ولا على المسلم، وروى ابن شبرمة، ومنهم من قال: لا شفعة له على المسلم، وله شفعة على الكافر، وهو عثمان البتى، فهو معنى قولنا: إن قضاءه صادف محلا مجتهدًا فيه، فينفذ، وإن أوقفها القاضى حتى ينظر، ثم أسلم، فهو على شفعته.

١٣٤٤٨- وإذا كان الشفيع مرتدًا، فمات أو قتل على الردة، أو لحق بدار الحرب، فلا شفعة لوارثه؛ لأن وارثه لو استحق الشفعة إما أن يستحق بحكم الإرث، ولا وجه إليه؛ لأن حق الشفعة لا يورث، أو ابتداء الحكم ما ثبت لهم من الملك، ولا وجه إليه؛ لأن الملك للوارث إنما يثبت من حين يموت المرتد، أو لحق بدار الحرب، ويقضى بلحوقه لامن وقت الردة، والبيع كان قبل الموت، فكان جوار الورثة حادثًا، والشفعة لا تستحق بجوار حادث، ولو كان المرتد لحق بدار الحرب، ثم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و"م".

بيعت الدار قبل قسمة ميراثه، كان لوارثه الشفعة؛ لأنهم ملكوا ماله من وقت اللحوق بدار الحرب، والبيع كان بعد ذلك، فتبين أنه كان للورثة جوار وقت البيع، فيستحقون الشفعة ابتداء بجوارهم، لا بحكم الإرث.

١٣٤٤٩- إذا اشترى الحربى المستأمن دارًا، ولحق بدار الحرب، فالشفيع على شفعته متى لحقه كان لحاقه بدار الحرب كموته، وموت المشترى لا يبطل شفعة الشفيع، وإن كان الشفيع هو الحربى، فلا شفعة له متى لحق بدار الحرب؛ لأن موت الشفيع يوجب بطلان الشفعة، وإن كان الشفيع مسلمًا، أو ذميًا، فدخل دار الحرب [إن لم يعلم بالبيع، فهو على شفعته متى علم؛ لأن دخول المسلم أو الذمى دارالحرب][1] ليس كموته، بل هو بمنزلة الغيبة، وغيبة الشفيع لاتبطل شفعته، وإن دخل وهو يعلم بالبيع، فلم يطلب، بطلت شفعته لترك الطلب.

١٣٤٥٠- وإذا اشترى المسلم دارًا فى دار الحرب، وشفيعها مسلم، ثم أسلم أهل الدار، فلا شفعة للشفيع، يجب أن يعلم أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضى، فدار الإسلام ودارالحرب فى ذلك الحكم على السواء، وكل حكم يفتقر إلى قضاء القاضى، لا يثبت ذلك الحكم فى حق من كان من المسلمين فى دار الحرب بمباشرة سبب ذلك الحكم فى دار الحرب، نظير الأول جواز البيع والشراء، وصحة الاستيلاد ونفاذ العتق، ووجوب الصوم والصلاة، فإن هذه كلها من أحكام الإسلام، ويجرى على من كان فى دار الحرب من المسلمين؛ لأن أحكام هذه الحقوق لا تفتقر إلى القضاء، ونظير الثانى: الزنا، فإن المسلم إذا زنى فى دارالحرب، ثم صار إلى دار الإسلام، لا يقام عليه الحد؛ لأن [الزنا حال وجوده لم يوجب الحد؛ لأن][2] ما هو المقصود من الحد الإقامة، والإقامة إلى الإمام، وليس للإمام ولاية الإقامة فى دار الحرب، فلم يجب الحد لما كانت الإقامة فانية، إذا ثبت هذا فنقول: المقصود من حق الشفعة التملك، وذلك يفتقر إلى قضاء القاضى؛ لأن المشترى عسى يرضى، وعسى لايرضى، وقضاء القاضى لا يجرى على من كان فى دار الحرب.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" و"ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

الفصل الثامن عشر
فى الشفعة فى المرض

١٣٤٥١ - إذا باع المريض داره بألفى درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف، ولا مال له غير الدار، ثم مات المريض، وابنه شفيع الدار، فلا شفعة له، هكذا ذكر فى الكتاب، وهذا الجواب لا يشكل عندهم جميعًا متى أراد الشفيع الأخذ بألفى درهم قبل إجازة الورثة؛ لأن المريض كما صار بائعًا من المشترى بإيجاب حقيقة الملك له ببدل صار بائعًا من الشفيع بإيجاب حق التملك له ببدل، ولهذا قلنا أن الشفيع لو أقال بيع البائع بعد أخذ الدار من المشترى بالشفعة صحت إقالته؛ لأنه أقال مع بائعه، ولو باع من وارثه من كل وجه بألفى درهم لا يجوز قبل إجازة الورثة عندهم لما فيه من الوصية للوارث، كذا هذا، فأما إذا أراد أن يأخذ بثلاثة آلاف درهم، لا شك أن على قول أبى حنيفة: لا يجوز بدون إجازة الورثة، لما ذكرنا أنه صار بائعًا من الشفيع من وجه، ولو باع منه من كل وجه بثلاثة دراهم، لا يجوز عند أبى حنيفة من غير إجازة الورثة، فههنا كذلك، وأما على قولهما فقد ذكر من كتاب الشفعة والجامع والوصايا فى رواية أبى حفص والمأذون أنه لا يأخذها بالشفعة، وذكر فى الوصايا فى رواية أبى سليمان: أنه يأخذها، فمن مشايخنا من قال فى المسألة: روايتان، وجه ما ذكر فى عامة الروايات: أن الأخذ بثلاثة آلاف درهم يخالف موضوع الشفعة، فإن موضوع الشفعة أن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الذى هو مضمون على المشترى، والمضمون على المشترى ألفًا درهم، فلا يجوز أن يأخذ بثلاثة آلاف درهم، وجه ما ذكر فى رواية أبى سليمان: أن المريض صار بائعًا الدار من الوارث بوجه، فيعتبر بما لو باعه منه من كل وجه، ولو باع منه بألفى درهم، قيمتها ثلاثة آلاف درهم، كان له الأخذ بثلاثة آلاف درهم قبل إجازة الورثة، كذا هنا، ومن المشايخ من وفق بين الروايتين، وقال: ما ذكر فى عامة الروايات محمول على ما إذا أراد الأخذ من المشترى؛ لأن الألف الزائد حينئذٍ يكون للمشترى؛ لأنه يملك من جهة المشترى، ولهذا العهدة تكون على المشترى، فلا تزول المحاباة فى حق الوارث، وما ذكر فى الرواية الأخرى

محمول على ما إذا أراد الأخذ من الورثة؛ لأن الألف الزائد حينئذٍ يكون للورثة، فتزول بالمحاباة فى حقهم، وأما إذا أراد الأخذ بألفين، فإجازة الورثة إن كان الأخذ من المشترى لا يعمل إجازتهم؛ لأن الشفيع بهذا الأخذ يصير متملكًا من جهة المشترى من وجه، ومن جهة المريض من وجه، فباعتبار التملك من المريض إن كان تعمل إجازتهم، فباعتبار التملك من المشترى لا تعمل إجازتهم، فلا تصح إجازتهم بالشك، وإن كان الأخذ من الورثة تعمل إجازتهم؛ لأن شراء المشترى ينفسخ، ويصير متملكًا على المريض من كل وجه، فتعمل إجازتهم، هذا إذا كان المشترى أجنبيًا، وإن كان المشترى وارثًا، فإن كان باعها بمثل قيمتها، أو بأضعاف قيمتها، فلا شفعة للشفيع قبل إجازة الورثة عند أبى حنيفة، خلافًا لهما، فإن باعها بألفى درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم لا شك أن على قول أبى حنيفة لا شفعة للشفيع، وأما على قولهما فقد ذكر فى كتاب الشفعة: أنه يأخذها بثلاثة آلاف درهم إن شاء؛ لأن الشفيع قائم مقام المشترى، وكان للمشترى وهو الابن أن يزيل المحاباة، ويأخذها بثلاثة آلاف درهم إن شاء، فكذا للشفيع، وذكر فى موضع آخر أنه لا شفعة للشفيع هنا؛ لأن عندهما بيع المريض من وارثه إنما يصح إذا لم يكن فيه وصية، وفى البيع بالمحاباة وصية، ولاوصية للوارث، فكان البيع فاسدًا، ولا شفعة فى البيع الفاسد، وبأن كان المشترى يتمكن من إزالة المفسد، فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع، كما لو اشترى بشرط أجل فاسد، أو خيار فاسد، وعن أبى يوسف: أن للشفيع أن يأخذها بألفى درهم؛ لأنه يتقدم على المشترى شرعًا، فيجعل كأن البيع من المريض كان معه بألفى درهم.

١٣٤٥٢- المريض إذا باع دارًا بألفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف، وشفيعها أجنبى، فله أن يأخذها بالشفعة بألفى درهم؛ لأن المحاباة كانت بقدر الثلث، وذلك صحيح من المريض.

فإن قيل: كيف يأخذ الشفيع الدار بألفى درهم، والوصية من المريض كانت من المشترى لاللشفيع، ولا تجوز الوصية بتنفيذ الوصية لغير الموصى له؟

قلنا: الوصية ما حصلت مقصودة ههنا، إنما حصلت فى ضمن البيع، والشفيع قد تقدم على المشترى شرعًا فى البيع، فكذا فيما هو متضمن البيع على أنه لما أوجب البيع

للمشترى بما سمى مع أن علمه للشفيع يتمكن من الأخذ بمثل ما اشترى به المشترى، كان هذا وصية للمشترى إن سلم الشفيع الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة.

إذا باعها بألفين إلى أجل، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم، فالأجل باطل؛ لأن المحاباة بألف استغرقت ثلث المال، فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل فى شىء، ولكن يتخير المشترى بين أن يفسخ البيع أو يؤدى الألفين حالة ليصل إلى الورثة كمال حقهم، وأى ذلك ما فعل فللشفيع الشفعة، يأخذها بألفى درهم حالة، وإن باعها بثلاثة آلاف درهم إلى سنة، وقيمتها ألفًا درهم، ثم مات، أجمعوا على أن الأجل فيما زاد على الثلث باطل؛ لأنه بمنزلة المحاباة؛ لأنه براءة موقتة، فيعتبر بالبراءة المؤبدة، لكن اختلفوا أنه يعتبر الأجل فى الثلث باعتبار الثمن، أو باعتبار القيمة، قال أبو يوسف: باعتبار الثمن، فيعجل ثلثى الثمن، وذلك ألفًا درهم إن شاء، والألف الثالثة إلى أجله، وقال محمد: باعتبار القيمة، فيعجل ثلثى القيمة، وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث إن شاء، والباقى عليه إلى أجله.

١٣٤٥٣- إذا باع المريض دارًا، وحابى وابنه شفيعها، فبرأ من مرضه، فإن كان الوارث الشفيع علم بالبيع، وقد طلب وقت ما علم كان له أن يأخذ بالشفعة، وإن لم يطلب، فلا شفعة له؛ لأنه ترك الطلب بغير عذر أكثر ما فيه أنه لم يكن متمكنًا من الأخذ وقت البيع بمرض البائع، لكن لا يمنع سقوط الشفعة عند ترك الطلب، ألا يرى أن الجار إذا لم يطلب الشفعة بعد ما علم بالبيع لمكان الشريك، ثم سلم الشريك الشفعة، فلا شفعة للجار، وإن لم يكن متمكنًا من الأخذ وقت البيع.

الفصل التاسع عشر
فى وجوه الحيل فى باب الشفعة

١٣٤٥٤ - الحيل فى هذا الباب نوعان : نوع لإسقاطه بعد الوجوب، وذلك بأن يقول المشترى للشفيع : أنا أبيعها منك بما أخذت، فلا فائدة لك فى الأخذ، فيقول الشفيع : نعم، أو يقول : [المشترى للشفيع : اشتره منى بما أحدث، فيقول الشفيع : نعم، أو يقول :][1] اشتريت، فيبطل به شفعته، وأنه مكروه بالإجماع، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه : أنه لا يكره إذا لم يكن قصد المشترى الإضرار بالشفيع.

ونوع يمنع وجوبه، وقد اختلف المشايخ فيه :

بعضهم قالوا على قول أبى يوسف : لايكره، وعلى قول محمد : يكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة، وفى كراهية الحيل لمنع وجوب الزكاة خلافًا بين أبى يوسف ومحمد، ومنهم من قال فى الشفعة لاتكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف، وإنما الخلاف فى فصل الزكاة، فعلى قول هذا القائل يحتاج محمد إلى الفرق بين الشفعة وبين الزكاة.

وفى "المنتقى" : قال هشام : سألت محمدًا عن رجل جعل بيتا من داره هبة لرجل، ثم باع بقية الدار منه هربًا من الشفعة، قال : كان أبو يوسف لا يرى بذلك بأسًا، وأما محمد فكرهه كراهة شديدة، ولم يحفظ عن أبى حنيفة فيه شيئًا.

وفى "فتاوى الفضلى" : سئل أبو بكر بن أبى سعد عن ذلك، فقال : بعد البيع مكروه فى الأحوال كلها، وقبل البيع إن كان الجار فاسقًا يتأذى به، فلا يكره، وقيل : يكره فى جميع الأحوال، ثم بعض الحيل يرجع إلى منع [وجوب الشفعة، وبعضها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

يرجع إلى تقليل الرغبة فى الشفعة، أما التى يرجع إلى منع][1]، وجوبها أن يهب البائع شيئًا معلومًا من الدار بطريقه، أو موضعًا آخر معلومًا من الدار بطريقه، فتجوز الهبة؛ لأن ما وهبه مقدار معين، والطريق وإن كان مشاعًا إلا أنه لايحتمل القسمة، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة، ، فيصير شريكًا فى الطريق، ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل، فيصير أولى بالجار، إلا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار، أما لا يصلح لدفع الشريك فى الدار.

ومن جملة ذلك أن يتصدق بطائفة معينة من الدار على المشترى بطريقها وسلمها، ثم يبيع الباقى منه، فلا يكون للجار الشفعة.

ومن جملة ذلك أن [يهب من المشترى قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار حتى يزول جواره عن باقى الدار، ثم يبيع الباقى منه.

ومن جملة ذلك أن][2] يستأجر صاحب الدار من المشترى ثوبًا ليلبسه يومًا إلى الليل بجزء من مائة جزء من داره التى يريد بيعها، ثم يصير حتى يمضى اليوم، أو يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال، ثم يبيع الباقى منه، فلا يكون للجار الشفعة، لا فى الجزء الأول لأنه ملك بعقد الإجارة، ولا فى الجزء الثانى؛ لأن المشترى شريك فى الدار وقت البيع، والشريك مقدم على الجار.

ومنها: أن يوكل الشفيع ببيعها، فإذا باعها بطلت شفعته.

ومنها: أن يبيعها بشرط [أن يضمن الشفيع الدار[3]، أو يضمن الثمن للبائع، فإذا ضمن بطلت شفعته.

ومنها: أن يبيعها بشرط][4] الخيار للشفيع ثلاثة أيام، فلا شفعة له قبل إسقاط الخيار، وإذا أسقط الخيار بطلت شفعته.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسختى "م" و"ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى نسختى "ظ" و"م": الدرك.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وأما التى يرجع إلى تقليل الرغبة : أن يبيع عشر الدار من المشترى بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشار الدار بعشر الثمن، فلا يرغب المشترى فى أخذ العشر لكثرة الثمن، ولا حق له فى الباقى؛ لأن المشترى شريك وقت شراء الباقى، فلو أن المشترى فى هذه الصورة خاف أنه لو اشترى العشر بتسعة أعشار الثمن، لايبيع البائع الباقى بعشر من الثمن، فالحيلة فى ذلك للمشترى أن يشترى العشر على خيار ثلاثة أيام حتى إن البائع إن أبى أن يبيع الباقى، فالمشترى ينقض البيع فى العشر بحكم الخيار، فلو أن البائع خاف من هذه الصورة أنه إن باع الباقى بعشر الثمن يفسخ المشترى البيع فى العشر الأول بحكم الخيار، فالحيلة للبائع أن يبيع الباقى بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، ثم يجيزان البيعين معًا، فإن خاف كل واحد منهما أنه إن أجاز لم يجز صاحبه، فالحيلة فى ذلك أن يوكل واحد منهما وكيلا بإجازة البائع، ويشترط على الوكيل أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه، ولا يجيز إن لم يجز صاحبه.

ومنها : أن يشترى الدار بثمن كثير، ثم يعطى المشترى بذلك شيئًا من خلاف جنسه هو أقل قيمة منه، فإذا أراد الشفيع أن يأخذ، فإنه يأخذ بذلك الثمن الكثير، فلا يرغب فيه لكثرة الثمن.

ومنها : وهو قريب مما تقدم؛ أنه إذا أراد أن يشترى دارًا قيمتها عشرة آلاف درهم بعشرة آلاف وعشرة، ينبغى أن يشتريها بعشرين ألف درهم، ويعطيه عشرة آلاف درهم، ودينارًا بعشرة آلاف، فإذا أراد الشفيع الأخذ يأخذ بعشرين ألف درهم؛ لأن الشراء وقع بهذا القدر، وإن استحق الدينار رجع على البائع بما أدى من الدراهم والدينار فقط؛ لأنه لما استحق الدينار بطل الصرف؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن عليه، فصار كمن اشترى من آخر دينارًا بعشرة عليه، ثم تصادقا أنه لا دين عليه، فإنه يبطل الصرف، ويرد الدينار، كذا ههنا.

ومنها : أن يبيع البناء من الدار من المشترى ليقلعه بثمن قليل، ويبيع الساحة بثمن كثير، فلا يجب للشفيع الشفعة فى البناء، ويجب فى الساحة، ولكن لايرغب فى الساحة لكثرة الثمن.

ومنها : أن قيمة الدار إذا كانت ألفًا مثلا، يبيع مشترى الدار شيئًا من أعيان ماله

قيمته ألف بألفين حتى يجب للمشترى على بائع الدار ألفًا درهم قيمة ذلك الشيء، ثم يشترى المشترى الدار وقيمتها ألف بثمن ذلك الشيء ألفى درهم، فتقع المقاصة بين الثمنين، ويكون ثمن الدار ألف درهم إذا أراد المشترى أخذ الدار أخذها بألفى درهم، فلا يرغب فى أخذها -والله أعلم- .

الفصل العشرون
فى المتفرقات

١٣٤٥٥ - ذكر محمد فى " الجامع الكبير " : أن الشفيع إذا باع بعض داره التى يستحق بها الشفعة مشاعًا غير مقسوم بعد بيع الدار المشفوعة ، لا يبطل به شفعته.

الأصل فى هذه المسائل وأجناسها : أن الشفيع متى أحدث فى الدار التى يستحق بها الشفعة حدثًا بعد البيع والطلب قبل الأخذ ما لو أحدث بعد البيع قبل الطلب ، أو قبل البيع ، منع الطلب وجوب الشفعة ، منع الأخذ ، وما لا يمنع الطلب ، ووجوب الشفعة لا يمنع الأخذ بالشفعة ، إذ المقصود من الطلب الأخذ .

١٣٤٥٦ - إذا ثبت هذا فنقول : بيع بعض الدار التى يستحق بها الشفعة مشاعًا قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب لا يمنع وجوب الشفعة ، وطلبها لقيام الجوار فى بعض الدار ، فبعد البيع والطلب لا يمنع الأخذ ، وكذلك إذا باع بعضها مقسومًا مما لا يلى جانب الدار المبيعة ، لا تبطل شفعته ، وإن باع بعضها مقسومًا مما يلى الدار المبيعة ، تبطل به شفعته ؛ لأن ما أحدث لو أحدثه قبل البيع ، أو بعد البيع قبل الطلب ، يمنع وجوب الشفعة ، وطلبها لزوال الجوار وقت البيع ووقت الطلب ، فيمنع الأخذ بالشفعة .

١٣٤٥٧ - داران طريقهما واحد ، وأحد الدارين بين رجلين ، والآخر لرجل خاصة ، باع صاحب الخاصة داره ، فللآخرين الشفعة فى الطريق ، فإن اقتسما الدار المشترى ، فأصاب أحدهما بعض الدار مع كل الطريق الذى كان لها ، وأصاب الآخر بعض الدار بلا طريق ، وفتح الذى لاطريق له لنصيبه بابًا إلى الطريق الأعظم ، وهما جميعًا جاران للدار التى بيعت ، فالذى صار الطريق له أحق بالشفعة ؛ لأنه بقى فى شركة الطريق ، فإن سلم هو الشفعة ، أخذه الآخر بالجوار ، ولا تبطل شفعته بسبب هذه القسمة ، وطلبها للآخر ؛ لأن الجار مع الخليط شفيع ، إلا أن الخليط مقدم على الجار ، فلا يمنع الأخذ بالشفعة أيضًا .

١٣٤٥٨ - فى "الأصل": إذا بنى الشفيع فى الدار التى أخذها بالشفعة بناء، ثم استحقت الدار من يده، رجع على الذى أخذ الدار منه بالثمن، ولم يرجع بقيمة البناء، بخلاف المشترى إذا بنى ثم استحقت الدار من يده، فإنه يرجع بقيمة البناء، كما يرجع بالثمن، والفرق أن رجوع المشترى بقيمة البناء من حيث إن البائع ضمن سلامة البناء للمشترى، وهذا المعنى لايتأتى فى حق الشفيع؛ لأن المأخوذ منه الدار لم يضمن له سلامة البناء؛ لأن الشفيع أخذ الدار على كره منه، وضمان السلامة لايثبت بدون الرضا.

وفى "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: أن الشفيع إن كان أخذ الدار بقضاء لايرجع بقيمة البناء، وإن كان أخذ بغير قضاء، يرجع بقيمة البناء، وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد: أنه لا يرجع بقيمة البناء على كل حال، وهو قول أبى يوسف أولا، وكان أبو يوسف يرويه عن أبى حنيفة أيضًا، وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء على من أخذ الدار منه، وكتب عليه عهدته؛ لأنه بمنزلة البائع، ويستوى فيه الحكم وغير الحكم.

١٣٤٥٩ - فى "الأصل": رجل زعم أنه باع داره من فلان بكذا، ولم يأخذ الثمن، فقال فلان: ما اشتريتها منك كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه فى زعم البائع أن البيع ثابت، وصدقه الشفيع فى ذلك، فكان للشفيع أن يؤاخذ البيع فى ذلك بزعمه، هذا إذا أخبر أنه باع من فلان وفلان حاضر ينكر الشراء، فأما إذا كان غائبًا، فلا خصومة للشفيع مع المشترى حتى يحضر المشترى؛ لأن الشراء من الغائب قد ثبت بتصديق البائع والشفيع، فيعتبر بما لو كان ثابتًا معاينة، ولو كان ثابتًا معاينة، وغاب المشترى، فلا خصومة للشفيع مع البائع إلى أن يحضر المشترى؛ لأن الملك يستحق عليه، فلا بد من حضرته، فكذا هنا.

ذكر فى "المنتقى" فى أول باب طلب الشفعة: قال هشام: سألت محمدًا عن رجل باع دارًا إلى جنب رجل وهو شفيعها، والشفيع يزعم أن الدار المبيعة له، ويخاف أنه إن ادعى رقبتها تبطل شفعته، وإن ادعى الشفعة تبطل دعوى الرقبة، فكيف يصنع؟ فأجاب، وقال: ينبغى أن يقول: هذه الدار دارى، وأنا أدعى رقبتها، فإن وصلت إليها

وإلا فأنا على شفعتى فيها، فإذا قال: هذا، لا تبطل شفعته بدعواه الرقبة.

١٣٤٦٠ - وفى "النوادر": دار بيعت، وفيها دعوى لرجل هو شفيعها، فأراد أن يطلب الشفعة على وجه لا يبطل دعواه، ينبغى أن يقول: طلبت الشفعة إن لم يثبت لى فيها الحق الذى أدعى فيها.

١٣٤٦١ - وفى "المنتقى" فى آخر باب طلب الشفعة: إذا باع الرجل داره، فادعى رجل إنها دارى، وإنى أقيم البينة، فإن لم تزك بينتى، فأنا آخذها بالشفعة؛ لأن دارى لزيقها، فلا شفعة له فيها من قبل أنه ادعى ملكها، وزعم أنه لا شفعة له فيها.

١٣٤٦٢ - وفيه أيضًا: رجل له دار غصبها غاصب، فبيعت دار بجنبها، والغاصب والمشترى جاحدان الدار للشفيع، ينبغى للشفيع أن يطلب الشفعة حتى إذا أقام البينة على الملك يتبين أن الشفعة كانت ثابتة له، وإذا طلب خاصم الغاصب إلى القاضى، وأخبره عن صورة الأمر، فبعد ذلك إن أقام البينة، قضى القاضى بالدار وبالشفعة فى الدار الأخرى، وإن لم يقم البينة، فالقاضى يحلفهما جميعًا.

فبعد ذلك المسألة على وجوه: إن حلفا فالقاضى لا يقضى له بأحد الدارين، وإن نكلا، فالقاضى يقضى له بالدارين، وإن حلف الغاصب، ونكل المشترى لايقضى له بالدار المغصوبة، ويقضى له بالشفعة، وإن حلف المشترى، ونكل الغاصب، يقضى له بالدار المغصوبة، ولا يقضى له بالشفعة؛ لأن النكول إقرار، وإقرار كل مقر حجة عليه خاصة.

وذكر هشام فى "نوادره": سمعت أبا يوسف يقول: فى رجل صالح رجلا فى دار ادعاها فى يده على مائة درهم وهو جاحد، فأقام الشفيع البينة أنها للذى ادعاها، قال: يأخذها بالشفعة.

فى "القدورى": اشترى دارًا ولها شفيع، فبيعت دار إلى جنب هذه الدار، فطالب بالشفعة وقضى له، ثم حضر الشفيع قضى له بالدار الأولى لجواره، ويمضى الحكم فى الثانية للمشترى؛ لأنه كان جارًا له حالة البيع، والحكم له، فبطلان الجوار بعد ذلك لا يبطل الحكم الواقع، كما لو باع الدار المشفوع بها، ولو كان الأول جارًا للدارين، حكم له بالدار الأولى بالجوار، وبنصف الدار الثانية؛ لأن الشفيع مع المشترى جاران للدار

الثانية .

١٣٤٦٣- ورُوى عن أبي يوسف رحمه الله : فيمن اشترى نصف دار ، ثم اشترى آخر نصفها الآخر ، فخاصمه المشترى الأول ، فقضى له بالشفعة بالشركة ، ثم خاصمه جار فى الشفعتين ، فالجار أحق بشراء الأول ، ولا حق له فى الثانى ، وكذلك لو اشترى نصفها ؛ لأنه شريك وقت شراء النصف الثانى ، فكان أولى بالشفعة من الجار ، ولو كان المشترى للنصف الثانى غير المشترى للنصف الأول ، فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول ، فالجار أحق بالنصف الثانى ؛ لأن ملك المشترى الأول بطل قبل الأخذ بالشفعة ، فيبطل حقه فى الشفعة .

١٣٤٦٤- ولو أن رجلا ورث دارًا ، فبيعت دار بجنبها ، فأخذها بالشفعة ، ثم بيعت دار أخرى بجنب الدار الثانية ، ثم استحقت الدار الموروثة ، فطلب المستحق الشفعة ، فإنه يأخذ الدار الثانية ، ويكون الوارث أحق بالدار الثانية ، هكذا ذكر القدورى ، ولم يذكر ما إذا لم يطلب المستحق الشفعة ، وذكر فى " المنتقى " أن الدار الثانية ترد على المقضى عليه بالشفعة ، يعنى الذى كان اشتراها ، والدار الثانية تترك فى يدى الذى هى فى يديه .

١٣٤٦٥- فى الباب الأول من شفعة " الجامع " : رجل اشترى دارًا ، وقبضها ، فأراد الشفيع أخذها ، فقال المشترى : بعتها من فلان ، وخرجت من يدى ، ثم أودعنيها ، لم يصدق ، وجعل خصمًا للشفيع ؛ لأن الشفيع ادعى لنفسه حقا فى هذه الدار ، وذواليد أقرّ أنه كان خصمًا له ، ثم ادعى أنه لم يبقَ خصمًا ، فلا يصدق ، وإن أقام البينة على ذلك ، لا تسمع بينته ، وكذلك لو قال : وهبتها لفلان ، وقبضها ، ثم أودعنيها ، لا يقبل قوله ، ولو أقام على ذلك بينة ، لا تسمع بينته ، فإن حضر المشترى فى الفصل الأول ، والموهوب له فى الفصل الثانى ، وكان ذلك بعد قضاء القاضى للشفيع ، وأقام على الشراء وعلى الهبة بينة ، لا تسمع بينته ، وكان القضاء بالشفعة قضاء للشراء والهبة ؛ لأن صاحب اليد صار مقضيًا عليه ، فكل من ادعى تلقى الملك من جهة صاحب اليد ، يصير مقضيًا عليه ، ألا يرى أنه لو كان مكان دعوى الشفعة مكان دعوى الملك فى هذه الدار ، وقضى القاضى بالملك للمدعى ، ثم حضر المشترى والموهوب له ، وأقام البينة على الشراء

والهبة، لا تقبل بينته، كذا ههنا.

وفى الأبواب المتفرقة قبيل كتاب البيوع من "الجامع": له دار فى يدى رجل يدعى أنه اشتراها من فلان، ونقده الثمن، والدار يعرف بفلان، وادعى فلان أنه وهبها للمدعى، وأراد[1] أن يرجع فى الهبة، فالقول قول فلان؛ لأن التمليك صدر من فلان باتفاقهما، فيكون القول قوله فى بيان جهته، فإن لم يقض القاضى للواهب بالرجوع حتى حضر شفيع الدار، فهو أحق بالدار من الواهب؛ لأن صاحب اليد [أمر بحق الشفعة للشفيع، وقد صح هذا الإقرار منه؛ لأن صاحب الدار أقر أنه ملك الدار من صاحب الدار اليد][2] والتمليك تسليط على التصرف، وإن تضمن ذلك إبطال حق المملك، ألا ترى أن صاحب اليد لو باعها صح، وإن تضمن ذلك إبطال حق الواهب فى الرجوع، فيصح الإقرار بثبوت حق التملك للشفيع أيضًا، فإن لم يحضر الشفيع، قضى القاضى للواهب بالرجوع؛ لأن حقه ظاهر، وحق الشفيع لم يظهر، فإذا قضى له بالرجوع، ثم حضر الشفيع بعد الرجوع، وردت الدار على الشفيع، ولو كان صاحب اليد ادعى أنه اشتراها من فلان على أن فلانًا بالخيار، ونقده الثمن، وادعى فلان الهبة والتسليم، وحضر الشفيع، أخذها بالشفعة، وبطل الخيار.

وفى المسألة نوع إشكال؛ لأن صاحب اليد مع صاحب الدار اتفقا على أنه لا شفعة للشفيع؛ لأن صاحب الدار يدعى الهبة، وصاحب اليد يدعى البيع بشرط الخيار للبائع، قلنا: صاحب الدار لما أقر بالهبة والتسليم إلى صاحب اليد، فقد أقر بثبوت الملك له، وإقراره بثبوت الملك له إسقاط منه للخيار، وصاحب اليد مقر بالشراء، فثبتت الشفعة بإقرار صاحب اليد بالشراء عند سقوط خيار صاحب الدار.

فى "الأصل": إذا كانت الدار فى يد البائع، وقضى القاضى للشفيع بالشفعة على البائع، فطلب الشفيع من البائع الإقالة، فأقاله البائع، فالإقالة جائزة، وتعود الدار إلى ملك البائع، ولا تعود إلى ملك المشترى، ويجعل فى حق المشترى، كان البائع اشترى الدار من الشفيع.

---

(١) وفى نسخة "ف": وله أن يرجع فى الهبة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف".

وكذلك إن كانت الدار فى يد المشترى، وقضى القاضى بالدار للشفيع، فقبل أن يقبض الشفيع الدار من المشترى أقال مع البائع، صحت الإقالة، وصارت الدار ملكًا للبائع فى قول أبى حنيفة.

١٣٤٦٦- فى "الأصل" أيضًا: إذا مات المشترى، والشفيع حى، فللشفيع الشفعة، فإن كان على الميت دين لا يباع الدار فى دينه، وأخذها الشفيع بالشفعة، وإن تعلق بالدار حق الغريم والشفيع؛ لأن حق الشفيع آكد من حق الغريم[1]، فإن حق الشفعة فى الصورة والمعنى، وهو المالية، وحق الغريم فى المالية دون الصورة، فكان حق الشفيع مقدمًا.

١٣٤٦٧- وفى "الأصل" أيضًا: إذا حط البائع من المشترى بعض الثمن، فهذه المسألة على وجهين: إما أن كان الحط قبل قبض الثمن من المشترى، أو بعده، فإن كان قبل قبض الثمن، صح الحط فى حق المشترى والشفيع، حتى إن الشفيع يأخذ الدار بما وراء المحطوط؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فصار العقد القائم للحال عقد بما وراء المحطوط، فيأخذه الشفيع بذلك.

١٣٤٦٨- وكذلك لو وهب بعض الثمن من المشترى، أو أبرأه عن بعض الثمن؛ لأن الهبة والإبراء قبل القبض بمنزلة الحط، وأما إذا حط الكل، أو وهب الكل، أو أبرأه عن الكل، صح فى حق المشترى؛ لأنه لاقى دينًا قائمًا، ولكن لا يظهر فى حق الشفيع حتى يأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن إن شاء؛ لأن هذا الحط لا يلتحق؛ لأنه لو التحق لبطل من حيث صح؛ لأن العقد بغير ثمن باطل، فلا يكون المحطوط ثمنًا، فلم يلتحق بأصل العقد، وبقى العقد فى حق الشفيع بجميع الثمن، كما كان قبل ذلك.

فإن كانت هذه التفرقات بعد قبض البائع الثمن من المشترى، فالجواب فى الحط والهبة ما ذكرنا قبل القبض.

إن حط البعض، أو وهب البعض، صح فى حق المشترى والشفيع، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشترى، وأخذه الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب.

---

(١) وفى نسخة "ظ": آكد من حق الغريم والشفيع.

وإن حط الكل، أو وهب الكل، يصح ذلك فى حق المشترى، ولا يصح فى حق الشفيع، وأما الإبراء فالإبراء بعد القبض لا يصح فى حق المشترى، ولا فى حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن الكل، أو عن البعض.

وفى المسألة نوع إشكال: فإن الثمن بعد القبض إن اعتبر قائمًا فى ذمة المشترى، فينبغى أن يصح الإبراء، كما يصح الهبة والحط، كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائمًا ينبغى أن لايصح الهبة والحط، كما لا يصح الإبراء.

والجواب: الثمن باقٍ فى ذمة المشترى بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أنه ليس للبائع ولاية المطالبة به؛ لأن المشترى يطالبه بمثله، فلا يفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، وبعد ما برئ المشترى بالهبة، أو الحط، فمطالبة المشترى مفيد؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك، لأن المشترى قد برئ، فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة. ، فأما الإبراء فإنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باقٍ فى ذمة المشترى.

ولكن لأن الإبراء نوعان: إبراء بالاستيفاء، وإبراء بإسقاط الواجب، ولهذا يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقًا انصرف ذلك إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل، وصار كأنه نص عليه، فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته، ولايلزم البائع رد شيء.

بخلاف الحط والهبة، فإنه نوع واحد، وهو الحط والهبة بطريق إسقاط الواجب، ولهذا لا يقال: حططت ووهبت حط استيفاء، فكأنه نص عليه.

١٣٤٦٩- ولو زاد المشترى فى الثمن زيادة بعد العقد، يأخذ الشفيع الدار بالثمن الأول، ولاتظهر الزيادة فى حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر فى حق الشفيع، والفرق أن الزيادة تتضمن إبطال حق الشفيع، فإنه يثبت للشفيع حق الأخذ بالثمن الأول، والآن لو صحت الزيادة فى حق الشفيع لا يتمكن من الأخذ بالثمن الأول، فلم تصح الزيادة

فى حقه صيانة لحقه، أما الحط لا يتضمن إبطال حق الشفيع، بل فيه[1] منفعة للشفيع؛ لأن بالحط يخرج بعض الثمن عن العقد، فلهذا افترقا.

١٣٤٧٠- وفى "فتاوى أهل سمرقنديان": رجل اشترى من رجل أرضًا، وقبضها، فجاء الشفيع وطلب شفعتها، فسلمها المشترى إليه، ثم نقد المشترى الثمن، فوهب البائع منه من ذلك خمسة دراهم، وقد قبض المشترى من الشفيع جميع الثمن، فعلم الشفيع بالهبة، فليس له أن يسترد شيئًا، ولو وهب البائع خمسة دراهم من المشترى قبل قبض الثمن، كان للشفيع أن يسترد؛ لأن فى الوجه الأول الهبة ليست بحط؛ لأنها هبة العين، بخلاف الوجه الثانى.

١٣٤٧١- فى "المنتقى": رجل اشترى دارًا من رجل بألف درهم، وتقابضا، ثم زاده فى الثمن ألفًا أخرى من غير أن يتناقضا البيع، ثم علم الشفيع بالألفين، ولم يعلم بالألف، فأخذها الشفيع بألفين بحكم، أو بغير حكم، فإن أخذها بحكم أبطله القاضى، ثم قضى له أن يأخذها بشفعة بالألف؛ لأنه كان قضاء له بغير ما وجبت به الشفعة، وإن أخذها بغير حكم، فهذا شراء مبتدأ، فلا ينقض.

ولو كان المشترى حين اشتراها بألف وقبضها، ناقضه البيع، ثم اشتراها بألفين، ثم علم الشفيع بالبيع بألفين، ولم يعلم بالبيع بألف، وأخذها بالشفعة بألفين بحكم، أو بغير حكم، ثم علم بالبيع بألف لم يكن له أن ينقض أخذه؛ لأنه أخذ بما قد كان وجب له أخذها به، إذا باع الرجل دارًا، وعبده التاجر شفيعها، فإن لم يكن عليه دين لا يأخذها، وإن كان عليه دين أخذها.

وكذلك إذا كان البائع هو العبد، والمولى شفيعها إذا اشترى الرجل أرضًا، وزرع فيها زرعًا، ثم جاء الشفيع، فله أن يأخذها، ويقلع الزرع قياسًا.

وفى الاستحسان: لا يأخذها فى الحال، ويترك فى يدى المشترى إلى أن يستحصد الزرع؛ لأن المشترى محق فى الزراعة من وجه، فإنه زرع فى ملك نفسه، وكونه محقًا فى الزراعة يمنع غيره عن قلع زرعه، ومتعد[2] الزراعة من وجه من حيث إنه

(١) هكذا فى نسختى "ظ" و"ف"، وكان فى نسخة "م": جهة مكان فيه.

(٢) هكذا فى نسختى "م" و"ف"، وكان فى نسخة "ظ": أو متعدى.

زرع فيما هو حق الغير، وإنه مطلق القلع لصاحب الحق، إلا أنا لو اعتبرنا كونه محقًا لا يبطل حق الشفيع أصلا، بل يتأخر؛ لأن لإدراك الزرع غاية معلومة، ولو اعتبرنا جانب كونه متعديًا، يبطل حق المشترى فى الزرع أصلا.

ولا شك أن التأخير أولى من الإبطال حتى لو كان مكان الزراع بناءً، أو غرسًا، أو رطبة يؤمر المشترى بقلع هذه الأشياء؛ إذ ليس لهذه الأشياء نهاية معلومة، والتأخير لا إلى غاية معلومة إبطال، فاستوى الجانبان فى معنى الإبطال، فراعينا جانب الشفيع؛ لأنه ليس بمتعدٍ أصلا، والمشترى متعدٌ من وجه، ثم إذا ترك الأرض فى يد المشترى يترك بغير أجر.

وروى عن أبى يوسف: أنه يترك بأجر المثل، وكان أبو يوسف قاس هذا على ما إذا أنقضت مدة الإجارة والأرض، لم يستحصد بعد، حتى ترك فى يد المستأجر يترك بأجر المثل.

وفى ظاهر الرواية فرق بينهما؛ لأن المشترى مالك الرقبة، وإيجاب الأجر على مالك الرقبة متعذر، وإنه مستقيم.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يحكى عن الشيخ الإمام الزاهد أبى حفص الكبير: أنه كان يقول: بتسليم المشترى الأرض إلى الشفيع، ثم يستأجر منه مدة معلومة يعلم أن الزرع يدرك فى مثله نظرًا للشفيع والمشترى.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد هذا يقول ما قاله الشيخ: لا يصح على قول محمد؛ لأن الأرض مشغولة بزرع رب الأرض، فيمنع التسليم، وإذا منع التسليم صار الشفيع مؤاجرًا للأرض قبل القبض، ومن مذهبه أن إجارة العقار قبل القبض لا يجوز، وإنما يصح هذا الجواب على قولهما؛ لأن عندهما إجارة العقار قبل القبض جائزة.

ومن هذا الجنس فى "فتاوى الفقيه أبى الليث": وصورتها: رجل أخذ أرضًا مزارعة، وزرعها، فلما صار الزرع بقلا اشترى المزارع الأرض مع نصيب رب الأرض من الزرع، ثم جاء الشفيع، فله الشفعة فى الأرض، وفى نصف الزرع، لكن لا يأخذ حتى يدرك الزرع؛ لأن نصف الأرض مشغول بنصيب المزارع، ولم يجب فيها الشفعة،

وكان المزارع أحق بها حتى يدرك.

١٣٤٧٢ - فى "المنتقى": رجل اشترى داراً، ولها شفيع، فقال الشفيع: أجزت البيع، وأنا آخذ بالشفعة، أو قال: رضيت بالبيع، وأنا آخذ الشفعة، أو قال: سلمت البيع، وأنا آخذ بالشفعة، فلا شفعة له.

١٣٤٧٣ - فى "المنتقى" أيضاً عن محمد: رجل اشترى من آخر داراً، وجاء شفيع الدار، وادعى أنه كان اشترى هذه الدار من البائع قبل شراء هذا المشترى، فأقر المشترى بذلك، ودفع الدار إلى الشفيع، ثم قدم شفيع آخر، وأنكر شراء الشفيع، أخذ الدار كلها بالشفعة؛ لأن الأول لم يأخذها بالشفعة، ولم يطلب شفعته، فبطلت شفعته لترك الطلب، ولو كان الشفيع حين أقر له المشترى بما أقر كذبه فى إقراره.

معنى المسألة: أنه إذا قال المشترى للشفيع ابتداء: قد كنت اشتريت هذه الدار قبل شرائى، وهى لك بشراءك قبل، وقال الشفيع: ما اشتريتها، وأنا آخذها بشفعتى، فأخذها الشفيع من المشترى، ثم قدم الشفيع الآخر، فليس له إلا نصفها.

فى "الفتاوى": سئل أبو بكر عمن له ضيعة عليها خراج كثير، ومؤن كثير لايشترى بشىء، فباعها مع دار قيمتها ألف درهم بألف درهم، فجاء الشفيع للدار، بكم يأخذ الدار؟ قال: سئل أبو نصر عن هذا، فلم يجب.

قال الفقيه أبو الليث: وعندى أن الضيعة إذا كانت بحال يشتريها أحد من أصحاب السلطان بشىء يقسم الألف على ما يشترى به الضيعة، وعلى قيمة الدار، وإن كانت الضيعة لا يشتريها أحد قسمت الألف على قيمة الأرض فى آخر الوقت الذى ذهبت عنها رغبات الناس، وعلى قيمة الدار؛ لأنه لا بد من القسمة، ولا بد للقسمة من القيمة، وإذا لم يكن لها قيمة للحال يعتبر قيمتها فى آخر الوقت الذى ذهبت عنها رغبات الناس.

ويمكن أن يقال على قول أبى حنيفة: يحمل كل الألف بمقابلة الدار، إذا لم يكن للضيعة قيمة أصلا. وأصله: إذا تزوج امرأتين على ألف درهم، إحداهما تحل له، والأخرى لا تحل له.

١٣٤٧٤ - رجل ادعى قبل رجل شفعة بالجوار، والمشترى لا يرى الشفعة بالجوار،

فأنكر شفعته، يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار؛ لأنه لو حلف بالله ما لهذا قبلك شفعة، فيفوت حق المدعى.

فى "فتاوى الفقيه أبى الليث": وفى هذا الموضع أيضًا: رجل اشترى دارًا لم يقبضها حتى بيعت دار أخرى بجنبها، فللمشترى الشفعة؛ لأنه ملكها بنفس الشراء، فثبت له الجوار.

١٣٤٧٥- وفى هذا الموضع أيضًا: رجل طلب الشفعة فى دار، فقال له المشترى: دفعتها إليك، فهذا على وجهين: الأول: إن علم الشفيع بالثمن، وفى هذا الوجه التسليم صحيح، وصار الدار ملكًا للشفيع؛ لأن المشترى ملكها منه، وصح التمليك.

الوجه الثانى: إذا لم يعلم الشفيع بالثمن، وفى هذا الوجه لا تصير الدار ملكًا للمشترى، وهو على شفعته؛ لأن التمليك لم يصح.

١٣٤٧٦- وفى هذا الموضع أيضًا: رجل أسلم دارًا فى مائة قفيز حنطة، وسلم، فجاء الشفيع، فله الشفعة؛ لأنها ملك بعقد المعاوضة، ولو لم يسلم الدار حتى افترقا، بطل السلم لمكان الافتراق، ولا شفعة للشفيع؛ لأن هذا ليس بعقد وإن لم يفترقا حتى تناقضا السلم، ثم افترقا كان للشفيع الشفعة؛ لأن الإقالة عقد جديد فى حق الثالث.

فى "الجامع": رجل فى يديه دار، جاء رجل وادعى شفعتها، قال الذى فى يده: هذه الدار اشتريتها من فلان، وصدقه البائع فى ذلك، وقال الذى فى يديه الدار: ورثتها عن أبى، فأقام الشفيع البينة أنها كانت لأب البائع، مات، وتركها ميراثًا للبائع، ولم يقم البينة على البيع، فالقاضى يقول للذى فى يديه: إن شئت فصدق، وخذ منه الثمن، وتكون العهدة عليك، وإن أبى ذلك، أخذ الشفيع الدار، ودفع الثمن، ويرد البائع الثمن على المشترى، والعهدة على البائع، وإنما قبلت بينة الشفيع على إثبات الملك للبائع؛ لأن ملك البائع سبب ثبوت حقه فى الشفعة.

ألا نرى أنه لو ادعى أن هذه ملكه اشتراها من فلان وفلان يملكه، وقال ذو اليد: ورثتها عن أبى، فأقام المدعى بينة أن الدار كانت لأب البائع، مات، وتركها ميراثًا للبائع، والبائع مقر بالبيع، وقبض الثمن من المدعى، تقبل بينة المدعى، وإنما تقبل؛ لما قلنا.

وإذا قبلت بينته صار الثابت بها كالثابت عيانًا، ولو عاينا أن الدار ملك البائع، والبائع يقول : بعتها من ذى اليد بكذا، وقبضت منه الثمن، كان القول قوله، وصار مسألتنا : دار مملوكة لإنسان فى يد رجل أقر صاحب اليد ببيعها من صاحب اليد، وقبض الثمن منه، وأنكر صاحب اليد الشراء جاء شفيع الدار، فطلب الشفعة، وهناك يقال لصاحب اليد[1] : إن شئت، فصدق البائع فى دعوى البيع، حتى يأخذه الشفيع منك، ويكون العهدة عليك، وإن شئت، فكذب البائع، ورد الدار على البائع حتى يأخذوا الشفيع منه، ويكون العهدة عليه، كذا ههنا .

وكذلك لو قال الذى فى يديه : وهبها لى فلان، وقال الشفيع : اشتريتها من فلان، وصدق البائع الشفيع، فهو على ما وصفت لك .

١٣٤٧٧ - وفيه أيضًا : رجل اشترى دارًا بعبد، ولم يتقابضا حتى اعورّ العبد، ورضى المشترى بالعبد، أو اختار تركه، كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، أما إذا رضى به المشترى، فظاهر، وأما إذا اختار تركه فلان البيع وإن انفسخ من كل وجه بالرد بالعيب قبل القبض إلا أن حق الشفيع لا يبطل بانفساخ البيع على ما مر، ويأخذها بقيمة العبد صحيحًا .

وكان ينبغى أن يأخذها بقيمة العبد معيبًا؛ لأن بائع الدار لما رضى بالعبد مع العيب، فقد سقط عن مشترى الدار بعض ثمنها، وما يحط عن المشترى يحط عن الشفيع .

قلنا : هذا هكذا إذا كان ما حط عن المشترى متبوعًا أصلا بنفسه؛ لأنه حينئذٍ يلتحق بأصل العقد، ويجعل كالموجود لدى العقد، أما إذا كان تبعًا، ووصفا من أوصاف الثمن لا يحط من الشفيع ما حط عن المشترى .

ألا نرى أن من اشترى دارًا بألف درهم جياد، ونقد ألف درهم زيوف، ويجوز به[2] البائع، ثم حضر الشفيع يأخذ الدار بألف جياد، وطريقه ما قلنا : خيار الرؤية يثبت للشفيع بدون شرط، وكذلك خيار العيب، وخيار الشرط لايثبت بدون الشرط حتى إن

(١) وفى نسخة "ظ" : لصاحب الدار .

(٢) وفى نسخة "ف" : يجوز له .

من اشترى دارًا ، وشرط الخيار لنفسه ، فأخذها الشفيع ، فلا خيار له ، وهذا لأن الأخذ بالشفعة شراء حكمًا ، فيعتبر بالشراء حقيقةً .

ولو اشتراها الشفيع حقيقةً ، يثبت له خيار الرؤية ، وخيار العيب من غير شرط ، ولا يثبت خيار الشرط إلا بالشرط ، فكذا إذا اشتراها حكمًا .

١٣٤٧٨ - رجل اشترى دارًا لم يرها ، فبيعت دار بجنبها ، وأخذها بالشفعة لم يبطل خياره ، بخلاف خيار الشرط ، وهذا لأنه لو بطل خياره ، إنما يبطل من حيث إنما فعل دليل الرضا إلا أن دليل الرضا لا يربو على صريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل خيار الرؤية ، فبدليل الرضا أولى هذا إذا كان الأخذ بالشفعة قبل رؤية الدار المشتراة .

أما إذا كان بعدها يبطل خيار الرؤية ؛ لأن هذا دليل الرضا ، وتصريح الرضا بعد الرؤية يبطل خيار الرؤية ، فكذا بدليل الرضا فى "شرح الطحاوى" .

١٣٤٧٩ - فى "الأصل" : اشترى دارًا ، وهو شفيعها ، ولها شفيع غائب ، وتصدق المشترى ببيت منها ، وطريقه على رجل ، ثم باع ما بقى منها ، ثم قدم الشفيع الغائب ، فأراد أن ينقض صدقة المشترى وبيعه .

فهذا على الوجهين : الأول : إذا باع ما بقى من الدار من المتصدق عليه ، وفى هذا الوجه ليس له أن ينقض صدقته فى الكل ، إنما ينقض فى النصف ؛ لأن الدار مشترك بين المشترى ، وبين الغائب بحق الشفعة ، فيعتبر بما لو كان مشتركًا بينهما بحقيقة الملك ، ولو كانت مشتركة بينهما بحقيقة الملك ، باع أحدهما موضعًا بعينه منها ، أو تصدق على رجل ، ثم باع الباقى منه لم يكن للشريك الآخر أن ينقض تصدقه فى الكل ، وإنما ينقص فى النصف ، كذا ههنا .

الوجه الثانى : إذا باع باقى الدار من رجل آخر ، كان للغائب أن ينقض تصدقه فى الكل .

ألا يرى أنها لو كانت مشتركة بينهما شركة ملك ، فتصدق أحدهما على هذا الوجه كان للآخر أن ينقض تصدقه فى الكل ؛ لأنه يحتاج إلى أن يقسم مع اثنين ، وربما يتفرق نصيبه ، فيلحقه زيادة ضرر ، ولا كذلك فى الوجه الأول .

فى "الأصل" أيضًا : تسليم الشفعة فى البيع تسليم فى الهبة بشرط العوض، حتى إن الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة، ثم تبين أنه لم يكن بيعًا، وكان هبة بشرط العوض، فلا شفعة له، وكذلك تسليم الشفعة فى الهبة بشرط العوض تسليم فى البيع، وهكذا كما عرف أن الهبة بشرط العوض والبيع واحد، فكان التسليم فى أحدهما تسليمًا فى الآخر.

١٣٤٨٠- فى "فتاوى الفضلى" : رجل اشترى دارًا وهو شفيعها بالجوار، فطلب جار آخر فيها الشفعة، فسلم المشترى الدار كلها إليه، كان نصف الدار له بالشفعة، والنصف بالشراء.

١٣٤٨١- فى "فتاوى أهل سمرقند" : أجمة بين اثنين ورثا عن أبيهما، ولا يعلم أحدهما نصيبه أن له فيه نصيبًا، فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه، فلم يطلب هو الشفعة، فلما أخبر أن له فيها نصيب طلب الشفعة، فلا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة، إذ هو عند العلم بالبيع، والجهل ليس بعذر.

١٣٤٨٢- وفى "فتاوى الفضلى" : إذا قال المشترى للشفيع : رد على الثمن، وذلك الشفعة، فهذا لا يكون تسليمًا للدار، والشفيع على شفعته؛ لأن قوله : ولك الشفعة إن كان إخبارًا أن له الشفعة، فهو صادق فى هذا الخبر، وإن كان تسليمًا للدار كان تسليمًا معلقًا بأداء الثمن، والتسليم على هذا الوجه لا يصح لمعنى التمليك.

١٣٤٨٣- فيه أيضًا : رجل له خمس منازل فى زقاق غير نافذة، باع هذه المنازل، فطلب الشفيع الشفعة فى واحد من المنازل، فهذا على وجهين : الأول : أن طلب بحق الشركة فى الطريق، وفى هذا الوجه ليس له ذلك؛ لأنه تفريق من غير ضرورة؛ لأن السبب عم الكل.

الوجه الثانى : أن يطلب الشفعة بحق الجوار، وجواره فى هذا المنزل لا غير، وفى هذا الوجه له ذلك؛ لأن السبب فى هذا[1] واحد، انتهى -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

---

(١) وفى نسخة "ف" : لأن السبب خصّ هذا الواحد.

كتاب القِسمة

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة عشر فصلا :

الفصل الأول : فى بيان ماهية القسمة .

الفصل الثانى فى بيان كيفية القسمة .

الفصل الثالث : فى بيان ما يقسم وما لا يقسم ، وما يجوز من ذلك وما لايجوز .

الفصل الرابع : فيما يدخل تحت القسمة من غير ذكره وما لا يدخل .

الفصل الخامس : فى الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها .

الفصل السادس : فى الخيار فى القسمة .

الفصل السابع : فى بيان من يلى القسمة على الغير ومن لا يلى .

الفصل الثامن : فى قسمة التركة وعلى الميت أو له دين أو موصى له ، وفى ظهور الدين بعد القسمة ، وفى دعوى الوارث دينًا فى التركة لو عينًا من أعيان التركة .

الفصل التاسع : فى الغرور فى القسمة .

الفصل العاشر : فى القسم يستحق منها شىء .

الفصل الحادى عشر : فى دعوى الغلط فى القسمة .

الفصل الثانى عشر : فى المهايأة .

الفصل الثالث عشر : فى المتفرقات .

الفصل الأول
في بيان ماهية القسمة

١٣٤٨٤-فنقول : القسمة نوعان : قسمة في ذوات الأمثال : كالمكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، وقسمة في غير ذوات الأمثال : من العدديات المتفاوتة كالثياب والأغنام، فالقسمة في ذوات الأمثال إفراز وقبض لعين الحق حكمًا مبايعة من حيث الحقيقة من وجه ؛ لأن ما قبضه كل واحد منهما نصف ملكه من الأصل حقيقةً ونصف ملك صاحبه، صار له من جهة صاحبه بالقسمة، فهو معنى قولنا : إنها مبايعة من حيث الحقيقة من وجه إلا أن ما أخذ كل واحد منهما من نصيب صاحبه مثل ما ترك عليه بيقين، وأخذ مثل الحق بمنزلة أخذ عين الحق حكمًا.

ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جُعل كأخذ العَين حكمًا، حتى لم تثبت المبادلة بين المستقرض وبين المأخوذ[1]، فهو معنى قولنا : إنها إفراز لعين الحق حكمًا، ففي كل موضع يمكن العمل بشبه الإفراز والمبايعة يعمل بهما، وفي كل موضع لا يمكن العمل بالشبهين يعمل بشبه الإفراز ؛ لأن شبه الإفراز راجح ؛ لأنه ثابت حكمًا من كل وجه، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير رضى صاحبه.

١٣٤٨٥-وإذ اشترى رجلان مكيلا أو موزونًا بدراهم، واقتسماها فيما بينهما، فلكل واحد منهما أن يبيع نصفه مرابحة بنصف الدراهم.

فإن قيل : أليس أن محمّدًا رحمه الله ذكر في آخر كتاب القسمة إذا كان وصيّ الذمّي مسلمًا، وفي التركة خُمور وخَنازير، أنه يكره له قسمتهما، ولو كان الرجحان في هذه القسمة لشبه الإفراز، ينبغي أن يجوز من غير كراهة، فإن الذمّي إذا وكّل مسلمًا أن يقبض خمرًا له، جاز للوكيل قبضها من غير كراهة؟

قلنا : ذكر شمس الأئمة الحلواني : أنه إذا كان في التركة الخمور ولا غير، لا يكره

---

(١) وفي نسخة : "والمقرض" مكان "وبين المأخوذ".

للوصى المسلم قسمتها ؛ لأن هذه القسمة إفراز محض ليس فيها شبهة المبادلة ، والمسلم يملك قبض خمر الذمّى ، وإنما يكره القسمة إذا كان مع الخمور الخنازير ؛ لأن القسمة حينئذٍ يكون مبادلة ، وغيره من المشايخ قالوا : لا ، بل يكره قسمة الخمور وحدها للمسلم ؛ لأن العمل بالشبهين فى قسمة الخمر ممكن بإثبات الكراهة ، ومعنى الكراهة هنا بين الحلال المطلق والحرام المحض ؛ لأنها لو كانت إفرازًا من كل وجه كانت حلالا ، ولو كانت مبايعة من كل وجه كانت حرامًا ، فإذا كانت مبايعة حقيقةً من وجه إفرازًا حكمًا أثبتنا حكمًا بين الحلال والحرام المحض .

وأما القسم فى غير ذوات الأمثال فشبه المبادلة فيها راجح ؛ لأنها إفراز حكمًا من وجه مبايعة من وجه ، ومن حيث الحقيقة هى مبادلة من كل وجه ، أما الحقيقة فظاهر ، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القسمة ، وأخذ المثل كأخذ العين حكمًا ، فكان إفرازًا إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين ؛ لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال .

وفيما ليس من ذوات الأمثال لا يثبت المبادلة بيقين ، فالإفراز مع المبادلة استويا فى الحكم ، ثم ترجحت المبايعة بالحقيقة ، وهذا لأن الحقيقية وإن كانت لا تصلح علة لمقابلة الحكم بنفسها ، لكنها تصلح للترجيح ، ولهذا كره بيع المرابحة ؛ لأن المرجحان للمبايعة فى غير ذوات الأمثال ، فيكون مشتريًا نصف ما أخذ بمثل ما ترك على صاحبه من الثياب ، فإذا قال : اشتريت بالدراهم ، كان ذلك منه خيانة .

فإن قيل : لو كان الرجحان فى هذه القسمة للمبايعة لكان لا يجبر الآبى عليها ، وبالإجماع يجبر ، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى إن الشريكين إذا اقتسما دارًا أو أرضًا بينهما ، وبنى أحدهما فى نصيبه بناء ، ثم جاء مستحق ، واستحق الطائفة التى بنى فيها ، ونقض بناءه ، لا يرجع صاحبه بقيمة البناء ، ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور ، كما لو اشترى .

قلنا : الجبر على هذه المبايعة لينقطع ارتفاق الآبى بملك صاحبه ، ويجوز أن يجرى الجبر على المبايعة باعتبار حق مستحق للغير ، ألا ترى أن المشترى يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع ، وإن كان التسليم إليه مبايعة إنما يجبر لحق الشفيع ، وألا يرى أن المديون

يحبس حتى يبيع ماله، ويقضى الدين، فجريان الجبر عليها لا ينفى كونها مبايعة.

وأما الثانى فقلنا إنما لا يثبت الغرور لأن كل واحد منهما مضطر فى هذه المبايعة؛ لأنه يحتاج إلى تخليص حقه، ومنع صاحبه عن الارتفاق بملكه، ولا يمكنه ذلك إلا بهذه المبايعة لإحياء حقه[1]، والجبر كما يثبت بالإكراه يثبت بالحاجة إلى إحياء الحق، كصاحب العلو إذا بنى السفل، وإذا كان مجبرًا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور، كالشفيع إذا أخذ الدار من المشترى بقضاء القاضى -والله أعلم بالصواب-.

(١) وفى "ظ": "لإحياء حقه، فيكون مضطرًا إلى هذه المبايعة".

الفصل الثانى
فى بيان كيفية القسمة

فى " المنتقى " : ابن سماعة عن أبى يوسف قال : كان أبوحنيفة رحمه الله لايرى القسمة على ما كان يصنع ابن أبى ليلى ، ولكنه يقوّم الذراع من الأرض دراهم ، ويقوّم البناء دراهم ، ويقوّم الجذوع دراهم ، وكذلك فى الأرض والشجر يقسمهما ، فيعطى كل إنسان بما أصابه ، فإن كان فى يده فضل أخذه ، وإن نقص زاده حتى يوفّيه .

١٣٤٨٦-فى الأصل كان أبو حنيفة يقول : فى العلو الذى لا سفل له ، وفى السفل الذى لا علو له بأنه كان علو مشترك بين رجلين ، وسفله لرجل آخر ، وسفل مشترك بين هذين الرجلين ، وعلوه لآخر ، يحسب فى القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ، وقال محمد رحمه الله : يقسم على قيمة السفل والعلو ، فإن كان قيمتهما على السواء ، يحسب ذراع بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر ، يحسب من الذى قيمته على السفل ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا فى القيمة .

قيل : إن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناءً على ما شاهده من عادة أهل الكوفة فى اختيار السفل على العلو فى السكنى ، وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناءً على ما شاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ، ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادة فى ذلك فى البلدان ، فقال : يقسم على القيمة ، وقيل : هذا بناء على أن عند أبى حنيفة رحمه الله لصاحب السفل منفعتان ، منفعة بظاهره ، ومنفعة بباطنه ، بأن يحفر فى السفل سردابًا ، فإن لم يكن له ذلك إذا لم يغير بالعلو ، ولصاحب العلو منفعة واحدة ، وهو أن يسكن فيه ، أما ليس له أن يبنى على علوه ما أضرّ بصاحب السفل أو لم يضر ، فكان ذراعًا من السفل بذراعين من العلو من هذا الوجه .

أو يقول : العلو منتفع فى حالة واحدة ، وهى حالة قيام السفل ، والسفل ينتفع فى

حالتين : حالة قيام العلو وحالة فواته ، فكانت منفعة العلو على نصف منفعة السفل ، فصار ذراعًا من السفل بذراعين من العلو لهن .

وعندهما : لصاحب العلو أن يتصرف فى علوه تصرّفًا لا يضر لصاحب السفل ، كما أن لصاحب السفل أن يتصرف فى سفله تصرّفًا لا يضر لصاحب العلو ، فاستويا فى المنفعة .

قال أبو يوسف رحمه الله بعد هذا : إذا استويا فى المنفعة يجعل ذراع من السفل بذراع من العلو ، وقال محمد رحمه الله : مع أنهما استويا فى المنفعة يعتبر القيمة فى القسمة ؛ لأن فى بعض البلدان يكون السفل أكثر قيمة ، وفى بعض البلدان يكون العلو أكثر قيم ، وربما يختلف ذلك باختلاف الأوقات ، فلا يتبين[1] المعادلة إلا بالقيمة .

وقول محمد رحمه الله فى الكتاب : إن قول أبى يوسف رحمه الله : يحسب العلو بالنصف ، والسفل بالنصف ، فذلك فى مسألة أخرى ، فقد ذكرنا فى هذه المسألة أن على قول أبى يوسف رحمه الله يجعل ذراع من السفل بذراع من العلو .

وصور تلك المسألة : سفل مفرد لا علو له ، وعلو مفرد لا سفل له ، وبيت كامل له سفل وعلو ، وكل ذلك مشترك ين رجلين طلبا القسمة ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله القاضى يحسب ذراعًا من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو المفرد ليكون ذراعان من العلو المفرد بإزاء ذراع من سفل البيت الكامل ، والذراع الثالث من العلو المفرد بإزاء ذراع من علو البيت الكامل ، فيحسب ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل المفرد ليكون ذراعًا من سفل البيت الكامل بإزاء ذراع من السفل المفرد ، وذراعًا من علو البيت الكامل بإزاء نصف ذراع من السفل المفرد .

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : ذرع السفل المفرد والعلو المفرد والبيت الكامل ، فإن البيت الكامل عشرين ذراعًا ، والعلو المفرد كذلك ، والسفل المفرد كذلك ، كانت جملة ذراعات السفل المفرد والعلو المفرد أربعون ، يجعل الأربعون من العلو المفرد والسفل المفرد عشرون ، فهو معنى قوله : يجسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ، وإنما فعل هكذا ليقع المعادلة بين البيت الكامل وبين العلو المفرد والسفل المفرد ، فإن العلو

(١) وفى م : "فلا يعتبر" مكان "فلا يتبين" .

والسفل عنده سواء، فعشرون ذراعًا من البيت الكامل منزلة أربعين ذراعًا، عشرون منها سفل وعشرون منها علو.

وعلى قول محمد رحمه الله : يعتبر القيمة فى ذلك كله، قال الكرخى : وعليه الفتوى.

فإن قيل : كيف يقسم العلو مع السفل والبيت الكامل قسم واحد عند أبى حنيفة رحمه الله، ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة على ما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله.

قلنا : تأويل المسألة وجهان : أحدهما : أن يكون الكل فى دار واحدة والبيتان فى دار واحدة، يقسمان قسمة واحدة متلازقين أو متفرقين، فكذا السفل والعلو.

والثانى : أن يكون الكل فى دور مختلفة، ولكن تراضوا على ذلك إلا أنهم طلبوا المعادلة من القاضى فيما بينهم، وعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز القسمة حال التراضى من الشركاء.

١٣٤٨٧-وإذا كانت الدار بين قوم ميراثًا، فأراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها فى دار واحدة، وأبى الآخر، قال أبو حنيفة رحمه الله : القاضى لا يجمع نصيب كل واحد منهم فى دار على حدة [بل يقسم كل دار بينهم على حدة][1] إلا أن يتراضوا على ذلك، سواء كانت الدور متلازقة أو متفرقة، وسواء كانت الدور فى محلة واحدة أو محلتين فى مصر واحد أو فى مصرين.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا كانت الدور فى مصر واحد، فالرأى فى ذلك إلى القاضى إن رأى الصلاح فى أن يجمع نصيب كل واحد منهم فى دار على حدة، بأن رأى ذلك أعدل للقسمة فعل ذلك، وإن رأى الصلاح فى قسمة كل دار على حدة فعل ذلك، وأما إذا كانا فى مصرين روى حلال الرازى عن أبى يوسف رحمه الله : أن القاضى يقسم كل دار على حدة، ولا رأى له فى ذلك، قال القدورى رحمه الله : لو كانت إحدى الدارين بالرقة، والأخرى بالبصرة، قسمت إحداهما فى الأخرى، وبعض مشايخنا رحمهم الله ذكروا قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله فيما

(١) ما بين القوسين زيد من م، ظ.

إذا كان الدور فى مصر متفرقين.

لأبى حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة باعتبار المعنى، وهو المنفعة، وإن كانت فى مصر واحد؛ لأن بعضها يصلح للحراثة وبعضها لا يصلح، ولاختلاف المعانى أثر فى اختلاف المجانسة، كما فى الهروى مع المروى، ولهذا لو وكّله بشراء دار فى مصر بعينه، ولم يبيّن الثمن لا يجوز، وذكر الحاكم فى "المختصر": أنه وإن بيّن الثمن لا يجوز ما لم يعين المحلة، والأجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة إلا باصطلاح الشركاء على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولأبى يوسف ومحمد رحمهما الله: أن الدور فى مصر واحد جنس واحد باعتبار الاسم والمكان، فإن الاسم واحد والمكان كذلك، فصارت كالثياب الهروية والمروية، فإنها اعتبرت جنسًا واحدًا لاتحاد الاسم، والمكان أجناس مختلفة باعتبار المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله، فيفوّض الأمر إلى رأى القاضى، فإن شاء مال إلى جنس واحد، وقسمها واحدة، وإن شاء مال إلى الأجناس المختلفة، وقسّم كل واحد قسمة على حدة، بخلاف ما إذا كان فى مصرين مختلفين؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المكان، ألا يرى أن المروى مع الهروى اعتبرا جنسين مختلفين لاختلاف المكان.

ومن المشايخ من قال: معنى قول أبى حنيفة رحمه الله: العقار لا يقسّمه القاضى قسمة جمع أن الأولى أن لا يفعل القاضى ذلك، وإن لم يفعل الأولى جاز.

وأما المنازل فإن كانت فى دور متفرقة، أو فى دار واحدة وهى متباينة، فالجواب فيها عندهم جميعًا كالجواب فى الدور، وإن كانت فى دار واحدة وهى متلازقة، فعندهم جميعًا يقسم قسمة واحدة.

وأما البيوت فإن كانت فى دار واحدة فإنها يقسم قسمة واحدة، سواء كانت متلازقة، أو متفرقة، وإن كانت فى دور مختلفة، فعلى الاختلاف الذى ذكرناه فى الدور، ومن كل ما ذكرنا من الدور والمنازل والبيوت لا يقسم قسمة جمع، فتأويله إذا لم يكن معها شىء، وهو محل القسمة الجمع، أما إذا كان معها شىء هو محل لقسمة الجمع، يقسم الكل قسمة جمع، ويجعل ذلك الشىء أصلا فى القسمة، والدور والمنازل والبيوت تبعًا، وسيأتى بيانه بعد هذ -إن شاء الله تعالى-.

١٣٤٨٨-وإذا كان فى التركة دار وحانوت، والورثة كلهم كبار، وتراضوا على أن يدفعوا الدار والحانوت إلى واحد منهم من جميع نصيبه من التركة جاز ؛ لأن عند أبى حنيفة إنما لايجمع نصيب واحد من الورثة بطريق الجبر من القاضى، فأما عند التراضى فذلك جائز.

١٣٤٨٩-فى قسمة "شرح القدورى": ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة من غير رضا الباقين عن جميع نصيبه من التركة لم يجز، يعنى لاينفذ من الباقين إلا بإجازتهم، ويكون لهم استرداد الدار، وأن يجعلوها فى القسمة إن شاؤوا، وهذا ظاهر، وإنما الإشكال فى أن الدافع هل يأخذ نصيبه من الدار بعد استرداد الباقين، وقيل: إنه لا يأخذ.

١٣٤٩٠-فى "المنتقى": أراد اثنان من الورثة جمع نصيبهما فى موضع واحد من الضياع، لم يكن لهما ذلك فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لهما ذلك، إذ ليس فيه ضرر على ما بقى.

قال: ولو اختلفوا فى قيمة البناء، فقال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض [فقال بعضهم: بالدراهم، فالقاضى يجعل ذلك بالذرعان من الأرض][1] ومعنى المسألة: أن الدار والكرم إذا كان بين قوم، وأرادو قسمتها، وفى أحد الجانبين بناء، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنما يجعل قيمة البناء الذرعان من الأرض؛ لأن القسمة إفراز ما هو مشترك بين الشركاء، والمشترك بين الشركاء كالأرض دون الدراهم، فمتى جعلنا قيمة البناء بالذرعان من الأرض، فقد أفرزنا ما هو مشترك بينهما، بل حملناها على البيع، وللقاضى ولاية الإفراز، لا ولاية الحمل على البيع.

ولأن تقديم البناء بذرعان من الأرض أعدل فى القسمة؛ لأنه يتعجل حق كل واحد من الشركاء فى الحال، ومتى قوّمناه بالدراهم يتعجل حق الذى يعطى الدراهم، ويتأخر حق الآخر إلى أن يحضر الدراهم، ويسلمها، فكان التقويم بالذرعان من الأرض أولى، وإن تعذر اعتبار المبادلة بتقوم البناء بالذرعان من الأرض قوّمه بالدراهم، وإن اتفقوا أن

(١) زيد من م وظ.

يجعلوا قيمة البناء فى الدراهم فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم .

١٣٤٩١-وإن اختلفوا فى الطريق، فقال بعضهم : يرفع طريقًا بيننا، وقال بعضهم : لا يرفع، نظر فى الحاكم، فإن كانت يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه فى نصيبه، قسّمه بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم، وإن كان لا يستقيم ذلك ، رفع طريقًا بين جماعتهم؛ لأن حاصل اختلافهم فى قسم قدر الطريق، فالمانع من رفع الطريق يطالب قسمته، والآخر يأبى، وقسمته ممكن فى الوجه الأول، إذ لا يفوت بقسمته قدر الطريق ما كان لهم المنفعة قبل القسمة، وفى الوجه الثانى قسمته غير ممكن؛ لأن قسمته يتضمن تفويت منفعة كانت لهم قبل القسمة .

١٣٤٩٢-ولو اختلفوا فى سعة الطريق وضيقه، جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار، وطوّله على أدنى ما يكفيهم، يعنى يجعل طوله من الأعلى بقدر طول الباب لا إلى السماء وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى أن أحد الشركاء إذا أراد أن يخرج جناحًا فى نصيبه إن كان فوق طول الباب فله ذلك ؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فيصير بائنًا على ما هو خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب فإنه يمنع من ذلك؛ لأنه قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضاء الشركاء .

وأما إذا كان أرضًا، يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور؛ لأنه يحتاج إليه فى الزراعة فلابد منه، ولا يرفع مقدار ما يمر فيه ثوران معًا؛ لأن منه بدّ .

ويقسم القاضى الأعداد من جنس واحد من كل وجه، بأن كانت المجانسة ثابتة بين الأعداد اسمًا ومعنًى، كما فى الغنم والبقر والمكيل أو الموزون أو الثياب قسمة جمع عند طلب بعض الشركاء [وفى الأجناس المختلفة من كل وجه لا يقسم الأعداد قسمة جمع عند طلب بعض الشركاء][1]، وهذا لأن قسمة الجمع من الأجناس المختلفة متضمن تفويت جنس المنفعة على الآبى، فإنه قبل هذه القسمة كان له منفعة البقر والغنم والثياب، وبعد قسمة الجمع يفوّت عليه بعض هذه المنافع، أما منفعة الإبل والغنم والثياب والقسمة متى تضمنت تفويت جنس منفعة على الآبى، فالقاضى لا يقسم، أما

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل، وإنما زيد من ظ، م .

قسمة الجمع بين الجنس الواحد لا يتضمن تفويت جنس المنفعة على الآبى، فيقسم القاضى.

١٣٤٩٣-وإن كان جنسًا واحدًا من حيث الحقيقة، وأجناسًا مختلفة من حيث المعنى، كالرقيق، فإن كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، فالقاضى يقسم الكل قسمة جمع بلاخلاف، ويجعل ذلك الشيء أصلا فى القسمة والرقيق تبعًا، ويجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا عرف ذلك من مواضع كثيرة، وإن لم يكن معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضى لا يقسمه قسمة جمع [وقالا: للقاضى أن يقسّمه قسمة جمع][١] هكذا ذكر فى "الأصل"، وذكر أبو الحسن أن على قولهما الرأى فى ذلك إلى القاضى.

واختلف المشايخ فيه على قوله: بعضهم قالوا: يقسّم الرقيق قسمة جمع على قولهما على كل حال، ولا يكون ذلك موكولا إلى رأى القاضى، وبعضهم قالوا: هو موكول إلى رأى القاضى، هما يقولان: إن الرقيق جنس واحد إذا كان الكل ذكورًا أو إناثًا من وجه حقيقةً وحكمًا، أما حقيقةً فلا إشكال، وأما حكمًا بدليل أنه إذا تزوج امرأة على عبد صحّت التسمية، كما لو تزوّجها على ثوب هروى وأجناس مختلفة من وجه التفاوت بينهم فى المعانى، فرب عبد يصلح للأمانة ورب عبد لا يصلح لذلك، ويتفاوتون أيضًا فى الذهن والذكاء والعقل والتميز الذى هو المطلوب من الآدمى.

١٣٤٩٤-وإذا كان جنسًا واحدًا من وجه، وأجناسًا مختلفة من وجه، جعلنا الرأى فيه للقاضى، كما فى الدور، وأبو حنيفة رحمه الله ينزل العمل بالشبهين متعذر فى حالة واحدة؛ لأن أحدهما يقتضى جواز قسمة الجمع، والآخر ينفى، فيعمل بهما فى الحالين، فجعلناه جنسًا واحدًا إذا كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، وجعلناه أجناسًا مختلفة إذا لم يكن معه شيء آخر هو محل القسمة الجمع [وإنما فعلنا هكذا تمكينًا للعمل بالشبهين؛ لأنا متى جعلناه أجناسًا مختلفة إذا كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع][٢] يلزمنا أن نجعله أجناسًا مختلفة على الانفراد من الطريق الأولى؛ لأن من

(١) زيد من ظ.

(٢) زيد من ظ، م.

الأشياء ما لا يجوز قسمته على الانفراد، ويجوز قسمته تبعًا لغيره، كالشرب والعيون والآبار من الطريق[١]، فحينئذٍ يبطل العمل بالشبهين.

وكان الفقيه أبو بكر الرازى رحمه الله يقول: قول أبى حنيفة رحمه الله إذا كان مع الرقيق شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، قسّم الكل قسمة جمع تأويله إذا أوصى الشركاء بقسمة الكل قسمة جمع، أما إذا أبى البعض ذلك، فالقاضى لا يقسمه قسمة جمع عنده، قال: لأن الرقيق مختلف، فعند الاجتماع مع غيره جنسان مختلفان، فإذا كان لا يقسم الرقيق عند الانفراد لأن الجنس مختلف فعند الاجتماع أولى.

قال الشيخ الإمام الأجلّ شمس الأئمة السرخسى: والأظهر عندى أن القاضى يقسم الكل قسمة جمع عند أبى حنيفة رحمه الله، وإن أبى بعض الشركاء ذلك، ويجعل ذلك الشيء الذى مع الرقيق أصلا فى القسمة، ويجعل الرقيق تبعًا، وأبو حنيفة رحمه الله إنما لا يرى قسمة الرقيق قسمة جمع مقصودًا لا تبعًا لغيره.

١٣٤٩٥-فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا كانت الأرض بين شركاء، لأحدهم عشرة أسهم، ولآخر خمسة أسهم، ولآخر سهم، فأرادوا[٢] قسمتها، وأراد صاحب عشرة أسهم أن تقع سهامه العشرة متصلة، ولايرضى بذلك الذى له سهم واحد، قسّمت الأراضى متصلة كانت أو متفرقة بينهم على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد.

كيفية ذلك: أن يجعل الأراضى على عدد سهامهم بعد أن سويت وعدلت، ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد سهامهم، ويقرع بينهم، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام، وهو أول السهام، ثم ينظر إلى البندقة لمن هى، فإن كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم، وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذى وضع البندقة عليه، فيكون سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين البقية كذلك، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف الستة الباقية، ثم ينظر إلى البندقة لمن هى، فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم، يبقى السهم

---

(١) هكذا فى الأصل، وأما فى ظ، م "من الطريق" غير موجود.

(٢) وفى م "فإن أرادوا قسمتها".

الواحد لصاحبه ، وإن كانت هذه البندقة لصاحب السهم الواحد ، كان ذلك السهم له ، والباقي لصاحب الخمسة .

١٣٤٩٦-وفيه أيضًا : رجلان بينهما خمسة أرغفة لأحدهما رغيفان ، وللآخر ثلاثة أرغفة ، فدعيا ثالثًا ، وأكلوا جميعًا مستوين ، ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم ، وقال لهما : اقسماها بينكما على قدر ما أكلت من رغيفكما ، قال الفقيه أبو بكر الرازي رحمه الله : لصاحب الرغيفين درهم منها ؛ لأن كل واحد منهما أكل رغيفًا وثلثا رغيف ، فصاحب الرغيفين أكل من رغيفيه رغيفًا وثلثي رغيف ، فلم يأكل الثالث من رغيفه إلا ثلث رغيف ، وصاحب الثلاث أكل من رغيفه رغيفًا وثلثي رغيف ، فإنما أكل الثالث من رغيفه رغيفًا وثلث رغيف ، فيجعل بمقابلة كل ثلث رغيف درهم ، فيصير لصاحب الرغيفين درهم منها ، ويصير لصاحب الأرغفة الثلاث أربعة دراهم .

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : وعندي أن لصاحب الرغيفين درهمان ، وللآخر ثلاثة دراهم ؛ لأن كل واحد منهم أكل من الثلاثة رغيفًا ، ومن الرغيفين ثلثي رغيف ، فيجعل كل ثلث سهم ، فيصير آكلا من الرغيفين سهمان ، ومن الثلاثة ثلاثة أسهم ، فجملة ذلك خمسة أسهم ، فيقسم البدل كذلك .

١٣٤٩٧-وفي "فتاوى أهل سمرقند" : رجل مات وترك ثلاث بنين وترك خمسة عشر خابية ، خمس منها مملوءة خلا ، وخمس منها إلى نصفها خل ، وخمس منها خالية كلها مستوية ، فأراد البنون أن يقسموا الخوابي على السواء من غير أن يزيلوها من مرهنها ، فالوجه في ذلك أن يعطي أحد البنين خابيتين مملوئتين وخابيتين خاليتين وخابية إلى نصفها خال ، ويعطي الثاني كذلك ، بقي هناك خمس خوابي ، إحداها مملوءة ، وإحداها خالية ، وثلاث خوابيب إلى نصفها خل ، يعطي الثالث ذلك ؛ لأن المساواة بذلك تقع .

١٣٤٩٨-سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عن سلطان غرم أهل قرية ، فأرادوا قسمة تلك الغرامة ، واختلفوا فيما بينهم ، قال بعضهم : يقسم على قدر الأملاك ، وقال بعضهم : تقسم على قدر رؤوسهم ، قال : إذا كانت الغرامة لتحصين أملاكهم يقسم ذلك على قدر الأملاك ؛ لأنها مؤنة الملك ، فتقدّر بقدر الملك ، وإن كانت الغرامة

لتحصين الأبدان يقسم ذلك على عدد الرؤوس ؛ لأنها مؤنة الرؤوس ، ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك ؛ لأنه لا يتعرض لهم .

سئل أحمد : إن بعث مسهل عن قسمته التبن ، قال : يقسم بالكوارجات ، قيل : فإن لم يكن ، قال : فبالحبال ، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : يجوز بالحبال لقلة التفاوت فيها استحسانًا .

١٣٤٩٩-سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجلين بينهما أعناب كرم على الشركة يقتسمان ذلك بينهما كيلا بالشرجلة ، أو وزنًا بالقبان أو الميزان ، قال : كل ذلك واسع ؛ لأن الناس تعارفوا العنب كيليًا وزنيًا ، فثبت التساوي بالطرفين جميعًا ، فيجوز -والله أعلم بالصواب- .

الفصل الثالث

فى بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز من ذلك وما لا يجوز

١٣٥٠٠- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": بيت بين رجلين، أراد أحدهما قسمته، وأبى الآخر، وارتفعا إلى القاضى، فإن كان البيت كبيراً بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فإن القاضى يقسم بينهما، وإن كان البيت صغيراً بحيث لو قسم لا يمكن لكل واحد منهما أن ينتفع به انتفاع البيت، فإنه لا يقسم إذا كان الآخر يأبى القسمة؛ لأن فى هذا الوجه طالب القسمة متعنت فى طلب القسمة قاصد الإضرار بنفسه وبشريكه بإتلاف منفعة كانت لهما قبل القسمة، والتعنّت مردود، وفى الوجه الأول طالب القسمة قاصد تكميل منافع الملك على نفسه وعلى شريكه، وشريكه فى الإباء متعنّت، وإن طلبا القسمة فى الوجه الثانى من القاضى، ففيه روايتان: فى رواية: يقسم القاضى بينهما، وإليه أشار محمد فى "الأصل" فى باب ما لا يقسم من العقار وغيره، وإليه مال الشيخ الإمام الأجلّ شيخ الإسلام، وفى رواية: قال: لا يقسم القاضى بينهما، ولكن يتركهما، وذاك إن شاء اقتسما بأنفسهما، وإن شاء تركا كذلك، وإليه مال كثير من المشايخ؛ لأن فى هذه القسمة ضرر للشركاء بإتلاف المنفعة عليهما، وليس للقاضى ولاية الإضرر بالغير، وإن رضى به ذلك الغير.

١٣٥٠١-وإن كان نصيب أحدهما فى البيت شقص قليلا لا ينتفع به إذا قسم البيت، ونصيب الآخر كثير، فطلب أحدهما القسمة، فهذا على وجهين: أحدهما: أن يطلب صاحب الكثير القسمة، والحكم فيه أن القاضى يقسمها بينهم، هكذا ذكره محمد فى "الأصل"، وقال فى باب ما لا يقسم من العقار: وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان الطريق بين قوم، إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق، ولا منفذ، فأراد بعضهم قسمته، وأبى الآخر، فإنى لا أقسمه بينهم؛ لأن فى قسمته ضرر وفساد، وإن كان لكل واحد طريق ومنفذ، فإنى أقسم بينهم.

بعض مشايخنا قالوا: المسألة محمولة على أن الطريق بينهم على السواء، وكان بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لواحد منهم طريق ومنفذ، فأما إذا كان الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسّم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ، ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ، فالقاضي يقسم إذا طلب صاحب الكثير القسمة، كما في مسألة البيت إذا طلب صاحب الكثير القسم.

ومنهم من قال: الطريق لا يقسم في الحالين، بخلاف البيت، والفرق على قول هذا القائل أن في قسمة الطريق تعطيل ملك صاحب القليل في داره؛ لأنه متى قسم الطريق، ولايمكنه التطرق فيما وقع في نصيبه، لا يمكنه التطرق إلى داره، فلا يمكنه الانتفاع بداره بعد ذلك، وتعطيل الملك على الغير لا يجوز، أما ليس في قسمة البيت تعطيل ملك صاحب القليل في نصيبه؛ لأنه يمكنه أن يدخل في بناءه ذلك، فيوسع عليه منزله، ألا يرى أنه لا يجوز التهايؤ في الطريق بين الشريكين لما فيه من تعطيل الملك على كل واحد منهما في نوبة صاحبه، فكذا لايجوز قسم رقبة الطريق إذا تضمنت تعطيل الملك على أحدهما، ويجوز التهايؤ في مسألة البيت؛ لأن ملك كل واحد منهم لا يتعطل في نوبة صاحبه؛ لأن صاحبه ينتفع به من جهته، فلو امتنعت القسمة في مسألة البيت إنما يمتنع لما فيها من قطع الارتفاق بنصيب صاحبه إلا أن ذلك لا يصلح مانعا، ألا يرى أنه جاز استرداد العارية وإن كان قطع الإنفاق على المستعير بملك المعير.

الوجه الثاني: إذا طلب صاحب القليل القسم، وأبى صاحب الكثير ذلك، ذكر الحاكم الشهيد في "المختصر": أنها تقسم، وإليه ذهب شيخ الإسلام، وذكر الكرخي في "مختصره": أنه لا يقسم، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله، وجعل هذا قول أصحابنا رحمهم الله، وإليه مال الحاكم عبد الرحمن والقاضي الإسبيجابي، وشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمهم الله، قال[1] الصدر الشهيد رحمه اللهوالفتوى على الأول؛ لأن الطالب رضي بالقسمة، وهذه القسمة لا تتضمن فوات منفعة كانت له قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة صاحب الكثير ينتفع بنصيبه، فيكون هذا في حق الآبي في قسمة لا إتلافًا، والقسمة مستحقة بطلب أحدهما، هكذا ذكر في شرح كتاب القسمة،

---

(١) هكذا في م، وأما في الأصل وظ: "قاله" مكان "قال".

وذكر هو رحمه الله فى "شرح أدب القاضى" للخصاف : أن الأصح أن القاضى لا يقسمها، ووجه ذلك أن الطالب وإن رضى بالضرر إلا أن رضاه بالضرر لا يلزم القاضى شيئًا، إنما الملزوم طلب الإنصاف من القاضى، وإيصال الطالب إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل.

١٣٥٠٢-قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا كان بين رجلين حائط، طلب أحدهما القسمة من القاضى، وأبى الآخر، فالقاضى لا يقسمها؛ لأنه لو قسم بعد الهدم كان فيه الهدم إتلاف المنفعة، ولو قسم قبل الهدم بالمساحة، كما يقسم الأرض، كان ذلك تسببًا إلى إتلاف المنفعة؛ لأن للطالب أن ينقض نصيبه بعد القسمة؛ لأنه يكون متصرفا فى نصيبه، وكما لا يجوز إتلاف المنفعة لا يجوز التسبيب إليه.

وكذلك الحمام لا يقسم بطلب بعض الشركاء؛ لأن هذه القسمة إتلاف منفعة الحمام؛ لأنه لا ينتفع به انتفاع الحمام إلا بجميعه، وإن قسموا ذلك فيما بينهم تركهم القاضى، وذلك لأن الحق لهم، فيكون التدبير فى ذلك إليهم.

١٣٥٠٣-فى "المنتقى" : فى أول باب الأول من كتاب القسمة : حائط بين دارين سقط حتى بدا أسفله، فقال أحد الشريكين فى الحائط أقسم، وقال الآخر : لا، بل ابن، قال محمد رحمه الله : لا أقسمها بينهما، فلعله أن يقع نصيب كل واحد منهم إن قسم مما يلى الآخر، رواه هشام.

وذكر فى آخر هذا الباب ابن سماعة عن محمد رحمهما الله : حائط بين رجلين وأرضه كذلك بينهما، انهدم الحائط وأرض الحائط مما يستطاع قسمته، وطلب أحدهما القسم، فإن كان لهما عليه جذوع لا يقسم أرض الحائط، وإن لم يكن لأحدهما عليه جذوع قسمت أرض الحائط.

١٣٥٠٤-وإذا كان بناء بين رجلين فى أرض رجل قد بنياه فيها بإذنه، فأراد أحدهما قسمة البناء وهدمه، وأبى الآخر، وصاحب الأرض غائب، لا يكلفهما ذلك، فالقاضى لا يقسمها بينهما؛ لأنه ما لم يكلفهما صاحب الأرض الهدم، فلهما حق القرار، فكان بمنزلة ما لو كان البناء فى أرض هى ملكهما، ولو كان كذلك، وطلب أحدهما من القاضى قسمة البناء، وهدمه، وأبى الآخر، فالقاضى لا يقسمها بينهم، كذا

هنا، ولو فعلا ذلك بأنفسهما، تركهما القاضى، وذلك لما ذكرناه.

١٣٥٠٥-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": فى دكان فى السوق بين رجلين، يبيعان فيه بيعًا، أو يعملان فيه بأيديهما، فأراد أحدهما قسمته، وأبى الآخر، فإن القاضى ينظر فى ذلك إن كان لو قسم أمكن لكل واحد منهم أن يعمل فى نصيبه الذى كان يعمله قبل القسمة قسّم، وإن كان لا يمكنه ذلك، لا يقسم، وأنه يخرج على ما ذكرنا.

١٣٥٠٦-وإذا كان زرع بين رجلين، فأراد واحد منهم قسمة الزرع فيما بينهم دون الأرض، فالقاضى لا يقسمه، أما إذ بلغ الزرع وتسنبل [لأنه بعد ما بلغ وتسنبل][1] صار مال الربا، وفى القسمة مال المبادلة، فلا يجوز مجازفة.

فإن قيل: ينبغى أن يصرف حب هذا إلى تبن ذلك، وتبن ذلك إلى حب هذا احتيالا للجواز، كما لو اشترى قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزى حنطة، وقفيزى شعير، فإنه يصرف حنطة هذا الجانب وشعير هذا الجانب إلى حنط ذلك الجانب احتيالا للجواز؟ والجواب من وجهين: أحدهما: أن موضع هذه المسألة أنهما طلبا القسمة من القاضى، ومتى كانت القسمة من القاضى لا يمكن صرف الجنس فيها إلى خلاف الجنس؛ لأنها حينئذٍ تكون مبايعة، وأبى القاضى القسمة عند طلب بعض الشركاء لا البيع، فعلى قود[2] هذا التعليل لو حصلت القسمة بالتراضى يجوز؛ لأن لهما القسمة والمبايعة، فمتى تعذر تجويزها مقاسمة يجوز مبايعة.

الوجه الثانى: أنه إنما يصرف الجنس إلى خلاف الجنس [إذا كان الجنس الآخر محلا للبيع، يجوز إفراد العقد عليه بانفراده، كما فى الحنطة مع الشعير، أما إذا لم يكن الجنس الآخر محلا للبيع، فإنه لا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس][3] ألا يرى أنه لو باع قفيز تمر بقفيزى تمر لا يجوز، ولايصرف جنس هذا إلى نوى ذلك؛ لأن النوى بانفراده ليس بمحل للبيع لو باعه لايجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: الحنطة فى مثلها إن كانت محلا للبيع فتبنها ليس بمحل البيع،

---

(١) هكذا فى الأصل و "م".

(٢) وفى م: القول" مكان "قود"

(٣) زيد من ظ، م.

ألا يرى أنه لا يجوز معه، فلا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، ففي قود[1] هذا التعطيل، وإن اقتسما بتراضيهما لا يجوز.

وأما إذا كان الزرع بقلا قائمًا لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك؛ لأنه إذا قسم بشرط الترك، فقد شرط في القسمة إعادة الأرض، وإنه شرط فاسد، والقسمة لا تصح مع الشرط الفاسد، وأما إذا أراد القسمة بشرط القلع فله أن يقسم، إذ ليس في هذه القسمة شرط العارية لو لم يصح لهما إنما لا يصح لمكان الضرر، وقد رضيا به، وهذا الجواب على إحدى الروايتين، فأما على الروية الأخرى ينبغي أن لا يقسم القاضي، وإن رضيا به؛ لما ذكرنا.

هذا إذ طلب القسم من القاضي، وإن طلب أحدهما وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسم على كل حال، ولو اقتسما الزرع بأنفسهما، فإن كان الزرع قد بلغ وتسنبل، فالجواب فيه قد مر، وإن كان الزرع بقلا إن قسّما بشرط الترك لا يجوز، وإن قسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات.

١٣٥٠٧-وفي "المنتقى": زرع بين رجلين اقتسماه قبل أن يدرك، قال أبوحنيفة رحمه الله: لا يجوز، وقال أبو يوسف: أراه جائزًا، وقسمة الطلع بدون قسمة النخيل نظير قسمة الزرع قبل البلوغ بدون الأرض إن اقتسما بشرط القلع جاز، وإن اقتسما بشرط الترك لايجوز، وإن رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يقسمه بشرط الترك، وهل يقسمه بشرط القلع؟ فهو على الروايتين، وإن طلب أحدهما القسمة فالقاضي لا يقسم لا بشرط القلع ولا بشرط الترك، ولا يقسم الساحة الواحدة واللؤلؤة، وكل شيء يحتاج في قسمته إلى كسر أو شق أو قطع بطلب البعض إذا كان في قطعه أو شقه أو كسره ضرر، فأما إذا لم يكن في ذلك ضرر يقسم، واللآلئ واليواقيت يقسم؛ لأن الجنس واحد، ومنفعة هذا الجنس مما لايتفاوت تفاوتًا لا يمكن استدراكه، بخلاف العبيد على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإذا كان قناة أو نهرًا أو عينًا، وليس معه أرض، فأراد بعض الشركاء القسمة، فالقاضي لا يقسم؛ لأن منفعة النهر لايخص بالبعض، وكذلك منفعة القناة وأشباهها، وإن كان مع ذلك أرض لايشرب إلا من ذلك قسمت

---

(١) وفي م: "قول" مكان "قود".

الأرض، وتركت النهر والبئر والقناة على الشركة، ولو كان أنهاراً أو آباراً أو الأرضين، متفرقة، قسمت الآبار والعيون والأراضى؛ لأن الإفراز ههنا ممكن من غير ضرر.

١٣٥٠٨-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا كانت الدار بين ورثة، فاقتسموها وفضلوا بعضها على البعض، يفضل قيمة البناء، أو ما أشبه ذلك، فهذه القسمة، وهذا التفضيل جائز، وصورته:

إذا كانت الدار بين وارثين وهى ثلاثون ذراعًا، قيمة عشرة أذرع منها من جانب مثل قيمة العشرين من الجانب الآخر، إما لأجل البناء، أو لمعنى من المعانى، فاقتسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة، وللآخر العشرون، فهذه القسمة جائزة، واكتفى فيها بالمعادلة من حيث المعنى، وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة بالذرعان.

١٣٥٠٩-وإن اقتسما العرصة بالسوية نصفين، وشرطا أن من وقع البناء فى نصيبه أعطى نصف قيمة البناء للآخر، فهذا على وجهين: الأول: أن يقوموا البناء قيمة العدل، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء فى نصيبه أعطى نصف ذلك لصاحبه، بأن قوموا البناء مثلا مائة درهم، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء فى نصيبه يعطى لصاحبه خمسين درهمًا، وإنه جائز؛ لأنهم قسموا الأرض بالسوية، وباع الذى لم يقع البناء فى نصيبه نصيبه من البناء ببدل معلوم من صاحبه، وكل ذلك جائز، ويعتبر الكل قسمة بطريق التبعية، وصار كالبيع المشروط فى النكاح له حكم النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله بطريق التبعية، وأما على قولهما فلأن هذا البيع من ضرورات هذه القسمة، فيكون له حكم القسمة، بخلاف البيع المشروط فى النكاح على قولهما؛ لأنه ليس من ضرورات النكاح، أما هنا بخلافه.

الوجه الثانى: إذا اقتسموا الأرض نصفين، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء فى نصيبه أعطى قيمة البناء الآخر إلا أنه لم يعرف قيمة البناء وقت القسمة، ولم يبينوا ذلك، فهذه القسمة فاسدة قياسًا جائزة استحسانًا لوجهين: أحدهما: أنهما شرطا فى القسمة ما يقتضيه القسمة من غير شرط، فإنهما لو اقتسما الأرض نصفين، وتركا البناء على الشركة، وجب على من وقع البناء فى نصيبه نصف قيمة البناء لصاحبه،

واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط لا يوجب فساد العقد.

فإن قيل : إذا لم يشترط القيمة وقت القسمة، فالجهالة طارئة على القسمة ؛ لأن القيمة تجب بعد ذلك حكمًا، فكانت طارئة، ومتى شرط القيمة وقت القسمة كانت الجهالة مقارنة للقسم، والجهالة الطارئة على العقد لا توجب فساد العقد أما المقارنة تفسد العقد، عرف ذلك فى كتاب البيوع.

والجواب عن هذا أن يقال : لا، بل الجهالة مقارنة للقسمة وإن لم يشترطا القيمة ؛ لأن القيمة واجبة لا محالة لا ينفك القسمة عنها، فكانت الجهالة مقارنة، ثم لم يمنع ذلك جواز القسمة، فكذا إذا كانت مشروطة ؛ لأنه لايثبت بالشرط زيادة جهالة لم تكن ثابتة قبل ذلك، الوجه الثانى لبيان جواز هذه القسمة أن العبرة بحالة تمام العقد، والعقد يتم فى المعلوم، فلا يغيرهم الجهالة فى الابتداء، كما لو اشترى أحد الأثواب الثلاثة على أنه بالخيار، أخذ بأيهما شاء، وسمى لكل واحد ثمنًا.

بيان هذا الكلام أن حكم القسمة فى الأرض لا يتم بالمساحة، بل يتوقف تمام القسم فيها على معرفة قيمة البناء، وقسمتها بالقيمة، فلا يتم القسمة إلا بعد ظهور المعادلة فى الكل، ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه، فهو معنى قولنا : إن العقد يتم فى المعلوم إذا اقتسما الأرض نصفين، وتركا البناء على الشركة، ووقع البناء فى نصيب أحدهما إنما وجب على من وقع البناء فى نصيبه نصف قيمة البناء ؛ لأنه لا وجه إلى إبقاء البناء مشتركًا كذلك ؛ لأن ما تحت البناء من الأرض صار ملكًا لأحدهما، فمتى تركنا البناء كذلك يتضرر من وقعت ساحة الأرض فى نصيبه، ولا وجه إلى أن يؤمر الذى لم يقع البناء فى نصيبه بنقص نصبيه ؛ لأنه لايمكن نقص نصيبه إلا بعد نقص نصيب صاحبه، وفى ذلك ضرر بصاحبه، فلم يبقَ هنا وجه سوى أن يتملك الذى لم يقع البناء فى نصيبه الأرض، ونصيب صاحبه من البناء، أو يتملك الذى لم يقع البناء فى نصيبه الأرض ونصيب صاحبه من البناء، أو يتملك صاحب الأرض من نصيب صاحبه من البناء، وتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء أولى ؛ لأن التملك فيه أقل، ولأن صاحب الأرض صاحب أصل، وصاحب البناء صاحب تبع، وتملك التبع بحق صاحب الأصل أولى على ما عرف.

١٣٥١٠-وإذا كانت الدار فى يدى ورثة حضور كبار، أقروا عند القاضى أنها ميراث فى أيديهم، وسألوه قسمتها، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضى لايقسم الدور وسائر العقار بإقرارهم حتى يقيموا بينة أن فلانًا مات وتركها ميراثًا بينهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قسمها بإقرارهم بينهم، ويشهد على أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم إلا بالبينة.

وعلى هذا الخلاف إذا أقروا أن معهم وارث آخر غائب، أو صغير والدار كلها فى يد الذين حضروا عند القاضى، وسألوه القسمة، وأجمعوا على أن الدار كلها أو شيء منها إذا كان فى يدى غائب أو صغير سوى هؤلاء الذين حضروا عند القاضى، وطلبوا من القاضى القسمة، فالقاضى لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث، وأجمعوا فى العروض إذا أقروا أنها ميراث بينهم والعروض فى أيديهم، وطلبوا من القاضى القسمة أن القاضى قسمها، ولم يقيموا البينة على الميراث.

وأما إذا قالوا: اشترينا هذه الدار من فلان، وطلبوا من القاضى القسمة، فالقاضى يقسمها بينهم بإقرارهم، وعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان، فى المشهور من الرواية القاضى[1] يقسمها بينهم بإقرارهم، كما هو مذهبهما، وفى رواية: قال: لا يقسمها حتى يقيموا البينة على الشراء من فلان، وجه قولهما فى فصل الميراث أن إقرارهم أن الدار فى أيديهم ميراث إقرار صحيح؛ لأن الدار فى أيديهم لا ينازعهم أحد فيها، وقول صاحب اليد فيما فى يده عند عدم المنازع مقبول صحيح شرعًا، فلا حاجة إلى إثبات ذلك بالبينة، والدليل عليه فصل الشراء وفصل العروض، وهذا بخلاف ما إذا كانت الدار كلها أو شيء منها فى يد الغائب؛ لأن هناك إقرارهم غير صحيح؛ لأنه لا يدلّهم فيما أقرّوا، فلابد من الإثبات بالبينة، أما ههنا بخلافه.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، ألا يرى أن التركة إذا ازدادت قبل القسمة، كانت الزيادة للميت حتى يقضى منها ديونه، وينفذ منها وصاياه، وبالقسمة ينقطع قدر ما بقى من الملك له حتى تصير الزيادة لمن وقع فى سهمه، وقولهم: ليست بحجة على الميت، بخلاف فصل الشراء على ظاهر الرواية؛

(١) هكذا فى بقية النسخ، وأما فى الأصل: "إن القاضى".

لأن القسمة هناك لايتضمن بطلان شيء من ملك البائع؛ لأن المشترى [بعد القبض ملك المشترى][1] من كل وجه، ولم يبقَ للبائع فيه حق، ألا يرى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشترى.

وأما العروض: قلنا: القاضى لا يقسم العروض لقطع ما بقى من ملك الميت إنما يقسمها تحصينًا على الميت؛ لأن العروض مما يخشى عليه التوى والتلف، ألا يرى أن القاضى يبيع عروض الغائب، وإنما يبيعها تحصينًا عليه، أما العقار محصنة بنفسها، فلم يكن قسمتها بطريق التحصين، بل كان لإزالة ملك الميت، فلابد لذلك من حجة يقوم عند القاضى.

ثم على قولهما إذا قسم القاضى الدار بين الورثة بإقرارهم يشهد أنه إنما قسم بإقرارهم؛ لأن حكم القسمة بالبينة يخالف حكم القسمة بالإقرار؛ لأنه حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير حتى لو ادعى أم ولد هذا الميت، أو مدبرة العتق، فالقاضى يقضى لهما بالعتق، ولايكلفهما إقامة البينة على الميت، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى، ألا يرى أنه لا يقضى بالعتق فى هاتين الصورتين إلا ببينة تقوم على الميت، وإذا كان بعض الورثة حضوراً، والبعض غيبًا، والدار كلها أو بعضها فى يد الغائب، وطلب الحاضر القسمة من القاضى، وأقام البينة على الميراث، فإن كان الحاضر واحدًا، فالقاضى لا يقبل ببينته، ولا يقسم الدار، وعن أبى يوسف رحمه الله أن القاضى ينصب عن الغائب خصمًا، ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار.

وجه ظاهر الرواية: أن التركة قبل القسمة إن بقيت على حكم ملك الميت من وجه على ما مر، صارت ملكًا للورثة من وجه، حتى لو أعتق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة، نفذ العتق فى نصيبه، وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركاءه، فالحاضر بدعوى القسمة، كما يدعى إزالة ما بقى من ملك الميت يدعى على شركاءه قطع الارتفاق بنصيبه، فلئن جاز للقاضى نصب الوصى من حيث إنه دعوى على الميت، لا يجوز له نصب الوصى من حيث إنه دعوى على شركاءه الغائب، فلا

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل، وإنما زيد من بقية النسخ.

يجوز له نصب[1] الوصى بالشك، وليس كما لو ادعى أجنبى دينًا على الميت، وليس للميت وارث ولا وصى، فإن القاضى ينصب عنه وصيًا؛ لأن ذلك دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضى أن ينصب وصيًا عن الميت، أما ههنا بخلافه، وإذا لم يكن للقاضى أن ينصب وصيًا عن الميت، وهذا الواحد لا يصلح خصمًا عن الميت وعن سائر الشركاء؛ لأنه مدعى، فلا يصلح مدعى عليه، فيتعذر قبول البينة؛ لأن البينة من غير الخصم لا يقبل.

وإن حضر اثنان والباقى بحاله، فالقاضى يسمع البينة ويقسم الدار، ويجعل أحد الحاضرين مدعيًا، والآخر مدعى عليه، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت عن باقى الورثة.

فإن قيل: كيف يجعل أحدهما مدعى عليه على الغير، وكل واحد منهما مقرّ بما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعى المدعى لا يصلح خصمًا للمدعى؟

قلنا: كل واحد منهما إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل، وجوده والعدم بمنزلة، ألا ترى أن من ادعى على ميت دينًا، وأقر به وصيه، فإن المدعى يكلف إقامة البينة، وينتصب الوصى خصمًا له، وإن كان الوصى مقرًا.

وإذا حضر أحد الورثة ومعه صغير، وطلب القسمة الصغير من القاضى، وأراد أن يقيم بينة على الميراث، فالقاضى ينصب وصيًا عن الصغير ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار؛ لأن للقاضى ولاية نصب الوصى، ووصيه مقام الصبى، فكان الحاضر اثنان بالغان.

١٣٥١١ - وإن كانت الدار بين ثلاثة مقر بالشرى، وأحدهم غائب، فأقام اثنان منهم البينة على الشراء، وطلبا من القاضى القسمة، فالقاضى لا يسمع البينة ولا يقسم الدار بينهم، فهذا لأن الحاضر من المقرين لا ينتصب خصمًا عن الغائب منهم؛ لأن الثابت بالشراء لكل واحد منهم بملك جديد بسبب باشره فى نصيبه، فأما فى الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث، وإنما ينتقل إليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة عنه، فيستقيم أن يحمل البعض خصمًا عن البعض فى ذلك لاتحاد السبب فى

(١) هكذا فى بقية النسخ، وكان فى الأصل: "ينصب".

حقهم، وهو الخلافة عن الميت، وسيأتى جنس هذه المسائل بعد هذا فى هذا الفصل -إن شاء الله تعالى-.

١٣٥١٢-وإن كانت الدار بين رجلين فيها صُفّة، وفى الصُفّة بيت، وطريق البيت فى الصفة مسيل ماء، ظهر البيت على ظهر الصفة، فاقتسما، فأصاب أحدهما الصفة وقطعة من ساحة الدار، وأصاب الآخر البيت وقطعة من ساحة الدار، ولم يذكرا فى القسمة الطريق ومسيل الماء، فأراد صاحب البيت أن يمر فى الصفة على حاله، ويسيل الماء على ظهر الصفة، فالمسألة على وجهين: الأول أن يكون لصاحب البيت إمكان فتح الطريق، وتسييل الماء فى نصيبه فى موضع آخر، وفى هذا الوجه القسمة جائزة، وليس لصاحب البيت حق المرور فى الصفة، ولا حق تسييل الماء على ظهرها، سواء ذكر فى القسمة أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه، أو لم يذكر ذلك.

الوجه الثانى: إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق وتسييل الماء فى نصيبه من موضع آخر، وفى هذا الوجه إن يذكرا أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه دخل الطريق ومسيل الماء فى القسمة، ويجوز القسمة، وإن لم يذكرا ذلك لا يدخل الطريق ومسيل الماء فى القسمة، وفسدت القسمة.

والوجه فى ذلك أن عند ذكر الحقوق اجتمع فى القسمة ما يوجب دخول الطريق ومسيل الماء فى القسمة، وهو اشتراط الحقوق، كما فى البيع، وما يمنع دخولهما وهو لفظة القسمة؛ لأن القسمة للإفراز، ولقطع حق كل واحد منهما عن نصيب صاحبه، وإنما ينقطع حق صاحب البيت عن الصفة من كل وجه إذا لم يكن لصاحب البيت حق المرور فى الصفة، وحق مسيل الماء على ظهر الصفة، والعمل بهما جميعًا فى كل حال متعذر، فعملنا بلفظ القسمة إذا أمكنه فتح الطريق، وتسييل الماء فى نصيبه، وألغينا شرط الحقوق؛ لأن العمل مقتضى القسمة فى هذه الصورة، ولا تفسد القسمة، والقسمة أصل، والشروط أتباع، وعملنا بشرط الحقوق إذا لم يمكنه فتح الطريق، وتسييل الماء فى نصيبه وإن كان الشروط أتباعًا؛ لأنا لو نعمل بشرط الحقوق هنا تفسد القسمة؛ لأنها قسمة ضرر، ومتى فسدت القسمة فسد ما شرط فيها، بقى العمل بحقيقةً القسمة فى هذه الصورة بإلغاء القسمة والشرط جميعًا، وفى العمل بالشرط اعتبار الشرط من كل وجه،

واعتبار القسمة من وجه، فكان هذا أولى، وهذا بخلاف ما لو باع دارًا أو أرضًا له، وذكر الحقوق، فإنه يدخل الطريق والشرب فى البيع، وإن أمكن للمشترى فتح الطريق وتسييل الماء من موضع آخر من ملكه؛ لأن العمل باللفظين ممكن فى البيع؛ لأن موجب البيع ملك العين، وبعد ما دخل الحقوق يبقى كذلك تمليكًا للعين، فلا ضرورة إلى إلغاء أحد اللفظين، أما عند عدم ذكر الحقوق فى القسمة لم يوجد فى القسمة ما يوجب دخول الحقوق.

أما إذا أمكنه فتح الطريق وتسييل الماء فى نصيبه، فلأن فى هذه الصورة لايدخل الطريق ومسيل الماء فى نصيبه؛ فلأن الطريق ومسيل الماء لو دخلا فى هذه القسمة دخلا بدلالة الحال، ودلالة الحال إنما يعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافها، وقد وجد الصريح ههنا بخلافها، وهو التنصيص على لفظة القسمة، فإن القسمة للإفراز، وخلوص الأنصباء.

١٣٥١٣-وإذا اقتسم الرجلان دارًا، فلما وقعت الحدود بينهما، فإذ أحدهما لا طريق له، فإن كان يقدر على أن يفتح فى حيزه طريقًا فى القسم، جائز، وإن كان لا يقدر أن يفتح لنصيبه طريق، فإن لم يعلم وقت القسم أن لا طريق له، فالقسمة فاسدة؛ لأنها تضمنت تفويت منفعة على بعض الشركاء بغير رضاه، وإن علم وقت القسمة أن لا طريق له، فالقسمة جائزة، وإن تضمنت تفويت منفعة على بعض الشركاء لرضاه بذلك.

وكذلك لو اقتسما على أن لا طريق لأحدهما جازت القسمة كم ذكرنا، وإن كان يقدر على أن يفتح فى نصيبه طريقًا يمر فيه [الرجل ولا تمر فيه][1] الحمولة، فالقسمة جائزة، فالأصل فى الطريق مرور الناس فيه، فأما مرور الحمولة فيه لا يكون إلا نادرًا، وإن كان بحيث لا يمر فيه رجل، فهذا ليس بطريق، ولا يجوز القسمة لما فيها من قطع منفعة الملك على أحدهما.

١٣٥١٤-وإذا كانت الدار بين رجلين، فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الأرض كله، ويأخذ الآخر البناء كله، ولا شيء له من الأرض، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول:

(١) زيد من بقية النسخ.

إذا شرطا فى القسمة على المشروط له البناء، وفى هذا الوجه القسمة جائزة؛ لأن القسمة فى معنى البيع، ومن اشترى بناء بشرط القلع بأرض له، كان جائزًا، فكذا هنا، وصار المشروط له البناء مشتريًا نصيب صاحبه من البعض بما ترك على صاحبه عن نصيبه من الأرض.

وإن سكتا عن القلع ولم يشترطا ذلك، جازت القسمة أيضًا؛ لأنه لما شرط لأحدهما البناء [من غير الأرض ولا قرار للبناء إلا بالأرض، فكأنه شرط عليه القلع من حيث المعنى، وإن شرطا ترك البناء][1] فالقسمة فاسدة؛ لأن المشروط له البناء يصير مشتريًا نصيب صاحبه من البناء، ومنفعة الأرض بقدر ما يكون عليه قرار البناء بنصيبه من الأرض فما يقابل منفعة الأرض يكون إجارة، وهذا إجارة فاسدة لجهالة المدة، فهذه قسمة شرط فيها إجارة فاسدة، فتفسد كالبيع؛ إذ شرط فيها إجارة.

١٣٥١٥-وإذا وقع الحائط لأحد القسمين، وعليه جذوع الآخر، فأراد صاحب الحائط أن يرفع الجذوع عن الحائط، ليس له ذلك إلا أن يكونا شرطًا فى القسمة رفع الجذوع، سواء مكان الجذوع لأحدهما على الخصوص قبل القسمة، والحائط بينهما، أو كان السقف والجذوع للآخر، ووجه ذلك أن اشتراط الحائط لأحدهما بحكم القسمة إن كن يقتضى خلوص الحائط له عن شغل صاحبه، فاشتراط السقف للآخر يوجب أن يكون الحائط مشغولا بحق صاحب السقف ليسلم له ما شرط له من السقف، فأحد الاعتبارين إن كان يوجب رفع البناء، والاعتبار الأخر يمنع رفع البناء، فلايكون له الرفع بالشك، . ثم جوز شرط رفع الجذوع فى القسمة، وفيه نوع إشكال؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، ولهذا كل شرط يفسد البيع يفسد القسمة، ثم بيع الجذوع فى السقف بشرط الرفع لا يجوز، فكذا القسمة بهذا الشرط ينبغى أن لا يجوز.

وإذا كان أصل الشركة الميراث، فجرى فيها الشراء، بأن باع واحد منهم نصيبه، يقسم القاضى إذا حضر البعض، وإذا كان أصلها الشراء، فجرى فيها الميراث، بأن مات واحد من المشترين، فالقاضى لا يقسم حتى يحضر سائر المشترين؛ لأن فى الوجه الأول المشترى قام مقام البائع فى الشركة الأولى، وكان أصلها وراثة، وفى الوجه الثانى

---

(١) زيد من بقية النسخ.

الوارث قام مقام المورث فى الشركة الأولى، وكان أصلها شراء، فينظر فى هذا إلى الأولى.

١٣٥١٦-فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": فى هذا الموضع أيضًا: ضيعة بين خمسة من الورثة، واحد منهم صغير، واثنان غائبان، واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين، وطالب الشريك الحاضر بالقسمة عند القاضى، وأخبراه بالقصة، فالقاضى يأمر شريكه بالقسمة، ويجعل وكيلا عن الغائب والصغير؛ لأن المشترى قام مقام البائع، وقد كان للبائع أن يطالب شريكه؛ لأن أصل الشركة كان ميراثًا، والعبرة فى هذا الأصل على ما مرّ.

١٣٥١٧-وفى "الرقيات": كتب ابن سماعة إلى محمد رحمه الله فى قوم ورثوا دارًا، وباع بعضهم نصيبه من أجنبى، وغاب الأجنبى المشترى، وطلبت الورثة القسمة، وأقاموا ابينة على الميراث، قال محمد رحمه الله: إذا حضر الوارثان قسمها القاضى، حضر المشترى أو لم يحضر، فإن المشترى بمنزل الوارث الذى باعه.

١٣٥١٨-وفى "الأصل": إذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء، فمات أحدهما، وترك نصيبه ميراثًا، فأقام ورثة الميت البينة على الميراث، وعلى الأصل وشريك أبيهم غائب، لم يقسم القاضى حتى يحضر شريك أبيهم؛ لأن الوارث قام مقام الميت، ولو كان الميت حيًّا، وحضر يطلب القسمة، وشريكه غائب، فالقاضى لا يقسم، ولو حضر شريك الأب، وغاب بعض ورثة الميت، قسم القاضى بينهم؛ لأن حضور بعض الورثة كحضور الميت لو كان حيًّا، أو كحضور الورثة، وإن كان أصل الشركة بالميراث بأن كانا أخوين، وورثا قرية من أبيهما، فقبل أن يقسما مات أحدهما، وترك نصيبه ميراثًا لورثته، فحضر ورثة الميت الثانى، وعمهم غائب، وأقاموا البينة على ميراثهم عن أبيهم، وعلى ميراث أبيهم عن جدهم، قسمها القاضى بينهم، ويعزل نصيب عمهم، وكذا لو حضر عمهم، وغاب بعضهم، قسمها القاضى بينهم؛ لأن الأصل ميراث، وفى الميراث غيبة بعض الشركاء لا يمنع القسمة.

١٣٥١٩-فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا اشترى رجل من أحد الورثة بعض نصيبه، ثم حضرا، يعنى الوارث البائع والمشترى، وطلبا القسمة، فالقاضى لا

يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع ؛ لأن المشترى بمنزلة الوارث الذى باعه ، ولو اشترى نصيبه منه ، ثم ورث شيئًا بعد ذلك ، أو اشترى لم يكن خصمًا للمشترى فى نصيبه الأول فى الدار حتى يحضر وارث آخر غيره .

ولو حضر المشترى من الوارث ، ووارث آخر ، وغاب الوارث البائع ، وأقام المشترى بينة على شراءه ، وعلى الدار وعدد الورثة ، فإن هذا على وجهين : إن كانت الدار فى يد الورثة ، ولم يقبض المشترى لم أقبل بينة المشترى على الشراء من الغائب ؛ لأن الوارث الحاضر لايجحد نصيب الغائب ، ولو كان يجحده ويدعيه جعلته خصمًا ، وقبلت بينة المشترى ، وقسمته ، وإن كان المشترى قبض ، وسكن الدر معهم ، ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع ، و أقام البينة على ما ذكرنا ، فالقاضى يقسم الدار ، وكذلك إذا طلبت الورثة القسمة دون المشترى ، فالقاضى يقسم الدار بينهم يطلبهم ، وجعل نصيب الغائب فى يد المشترى ، ولا يقضى بالشراء ، وإن لم يكن المشترى قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب ، ولا يدفع إلى المشترى ، وإن كان المشترى هو الذى طلب القسمة ، وأبى الورثة لم أقسم ؛ لأن لا أعلم أنه مالك ، ولا أقبل بينة على المشترى ، والبائع غائب .

وفيه أيضًا عن أبى يوسف رحمه الله : دار بين رجلين ، باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ، ثم إن المشترى أمر البائع أن يقاسم صاحب الدار ، ويقبض نصيبه ، فقاسمه ، لم يجز القسمة ؛ لأن البائع لا يكون قابضًا للمشترى من نفسه ، ولو أجزت القسمة جعلت قابضًا للمشترى .

١٣٥٢٠-وإذا كان بين رجلين دار ونصف دار ، اقتسما على أن يأخذ أحدهما الدار ، ويأخذ الآخر نصف الدار جاز ، وإن كانت الدار أفضل قيمة من نصف الدار ؛ لأن البيع على هذا الوجه جائز ، وكذلك ولو كانت سهامًا مسماة من هذه الدار ، وسهامًا مسماة من تلك الدار ، فاقتسما على أن لهذا ما فى هذه الدار من السهام ، ولهذا الآخر ما فى هذه الدار الأخرى من السهام ، جاز ؛ لأن البيع على هذا الوجه جائز .

ولو كانت مائة ذراع من هذه الدار ، ومائة ذراع أو أكثر من الدار الأخرى ، فاقتسما على أن لهذا ما فى هذه الدار من الذرعان ، ولهذا ما فى هذه الدار الأخرى ، لا يجوز عند

أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع على هذا الوجه لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، عرف فى كتاب البيوع أن بيع مائة ذرع من الدار لا يجوز، فكذا لا تجوز القسمة على هذا؛ لأنها فى معنى البيع.

١٣٥٢١-وإذا كانت الدار بين رجلين ميراثًا، أو شراء، فاقتسما على أن يأخذ كل واحد منهما طابقة على إن زاد أحدهما للآخر دراهم مسماة، فهو جائز، واعلم أن ما يصلح ثمنًا فى باب البيع يصلح زيادة فى القسمة، فالدراهم والدنانير يصلح عوضًا فى باب البيع حالة كانت أو مؤجلة، فيصلح زيادة فى القسمة، والمكيل والموزون يصلح ثمنًا فى باب البيع إن كان دينًا، وكان موصوفًا، سواء كان حال أو موجلا، فيصلح زيادة فى القسمة على هذا الوجه، وإن كان عينًا، ولم يشترط فيه الأجل، تصلح ثمنًا فى باب البيع، فأما إن شرط فيه الأجل لا يصلح ثمنًا فى باب البيع، فالزيادة فى القسمة يكون على هذا الوجه أيضًا، وبيان مكان الإيفاء شرط عند أبى حنيفة رحمه الله إذا كانت الزيادة شيئًا لهما حمل ومؤنة عند أبى حنيفة، وعندهما رحمهما الله بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ويسلم عند الدار.

قال محمد رحمه الله فى "الأصل" عقيب هذه المسائل: وهذا والسلم فى القياس سواء، لكنى أستحسن فى هذا؛ قال بعض مشايخنا رحمهم الله: القياس والاستحسان متصرّف[1] إلى دخل الأجل يبنى القياس، إذا لايجوز شرط المكيل والموزون زيادة فى القسمة بغير أجل، كما فى السلم إلا أنه فى الاستحسان يجوز، وهذا هو القياس، والاستحسان الذى ذكرنا فى كتاب البيوع إذا اشترى شيئًا بمكيل أو موزون فى الذمة حالا، فالقياس أن لا يجوز كما لو اشتراه بالثياب، وفى الاستحسان يجوز، كما لو اشتراه بالدراهم، ثم قال جماعة منهم: القياس والاستحسان متصرف إلى مكان الإيفاء.

واختلفوا بعد ذلك فيما بينهم، قال بعضهم القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله خاصة، يعنى القياس أن لا يجوز القسمة متى ترك بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة على قول أبى حنيفة رحمه الله القياس: أن لا يجوز، وفى الاستحسان

(١) وفى م: "منصرف".

يجوز، ووجه ذلك أن مكان الإيفاء في القسمة مشروط دلالة، وهي عند الدار مقتضى وجوب القسمة؛ لأن موجب القسمة المعادلة بين الأنصباء ما أمكن، وقد وجب تسليم أحد النصيبين في الدار، فيجب تسليم البدل في الدار أيضًا، بخلاف فصل السلم والإجارة؛ ولأن موضع العقد لم يتعين مكانًا للإيفاء ثمة لا نصا، ولا مقتضى موجب عقد السلم، إذ ليس مبنى عقد السلم على المعادلة، ألا ترى أن أحد البدلين في السلم يسلم حالا، والآخر يسلم في الثاني.

وقال بعضهم: القياس والاستحسان على قولهما خاصة، القياس أن يجب تسليم ما شرط في موضع عقد القسمة، كما في البيع والسلم، وفي الاستحسان يجب تسليمه عند الدار، ووجه ذلك أن في السلم إنما وجب تسليم المسلم إليه في مكان العقد؛ لأن البدل الآخر، وهو رأس المال وجب تسليمه في مكان العقد، فيجب تسليم هذا البدل في مكان العقد أيضًا، وهنا تسليم أحد البدلين وجب في الدار، فكذا تسليم البدل الآخر، وصارت الدار في مسألتنا كمكان العقد في مسألة التسليم.

١٣٥٢٢-إذا كانت الدار بين رجلين اقتسماها، فأخذ أحدهما قدر النصف، وأخذ الآخر قدر الثلث، ورفعا طريقًا بينهما قدر السدس، فذلك جائز؛ لأنهما قسما بعض الدار، وبقيا شركتهما في البعض، ولو اقتسما الكل يجوز، ولو بقيا الكل على الشركة يجوز، فإذا اقتسما البعض وبقيا الشركة في البعض يجوز أيضًا، وكذلك إذا شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل، وللآخر فيه حق المرور، فهو جائز.

قال شيخ الإسلام: هذه المسألة دليل على جواز بيع حق المرور، والحاصل أن في جواز بيع حق المرور روايتان، واتفقت الروايتان أن بيع الشرب، وبيع حق المسيل، وبيع قرار العلو على السفل على الانفراد لا يجوز، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب من العلة ما يدل على جواز هذه القسمة على الروايات كلها، وإن كان في جواز بيع حق المرور روايتان، قال: بأن عين الطريق كان مملوكًا لهما، وكان لهما حق المرور، وقد جعل أحدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكًا لصاحبه عوضًا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه، وبقي لنفسه حق المرور، وهذا جائز بالشرط، كمن باع طريقًا مملوكًا من غيره على أن يكون له فيه حق المرور، كمن باع السفل على أن له حق قرار العلو فإنه

يجوز، كذا هنا.

١٣٥٢٣-وإذا كانت الدار بين رجلين، وبينهما شقص من أخرى اقتسماها على أن أخذ أحدهما الدار والآخر الشقص، فإن علما أن سهام الشقص كم هى، فالقسمة جائزة، وإن لم يعلما، فالقسمة مردودة، وإن علم أحدهما، ولم يعلم الآخر، فالقسمة مردودة، وهكذا ذكر المسألة فى "الأصل" فى هذا الكتاب، ولم يفصل الجواب فيها تفصيلا، فمن المشايخ من قال: يجب أن يكون الجواب ههنا على التفصيل إن علم المشروط له الشقص جازت القسمة بلاخلاف، وإن جهل الشارط ذلك، وإن جهل المشروط له، وعلم الشارط، كانت المسألة على الخلاف، على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: تكون القسمة مردودة، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: تكون جائزة، وهذا القائل يقيس مسألة البيع المذكور فى كتاب الشفعة.

صورتها: إذا باع الرجل نصيبه من دار من رجل وقد علم أحدهما بمقدار النصيب، ولم يعلم الآخر، إن علم المشترى، ولم يعلم البائع جاز بلا خلاف، وإذا علم البائع، ولم يعلم المشترى، فالمسألة على الخلاف، فكان تأويل المذكور فى كتاب القسمة إذا جهل أحدهما، إذا جهل المشروط له.

وقوله: القسمة مردودة، يعنى فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، ومنهم من قال: لا، بل الجواب فى مسألة القسمة على ما أطلق، والقسمة مردودة فى قولهم جميعًا، واختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع مسألة الشفعة أنه أضاف البيع إلى نصيبه، فيدخل تحت البيع جميع نصيبه بحكم الإضافة، فلا يبقى للبائع حق المنازعة بعد ذلك بأن يقول: عنيت "بنصيبى" كذا، دون كذا، وموضوع مسألة كتاب القسمة أنهما ذكرا الشقص مطلقًا غير مضاف إليهما، وعند ذكر الشقص مطلقًا أنهما ما جهل يقع بينهما منازعة فى مقدار الشقص الشارط، يقول: عنيت بالشقص بعض نصيبى، والمشروط له بقول: عنيت جميع نصيبك؛ لأنه اسم الشقص، كما ينطلق على الكثير ينطلق على القليل، فيقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم.

وزان مسألة البيع من مسألة القسمة ما إذا قال البائع: بعت نصيبًا من الدار، ولم

يقل: بعت نصيبى، وهناك لا يجوز البيع إذا جهل أحدهما النصيب، ووزان مسألة القسمة من مسألة البيع ما إذا قال: الشقص الذى لنا فى الدار الأخرى، وهناك كان الجواب فى القسمة كالجواب فى البيع، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده "، وشمس الأئمة السرخسى رحمهما الله.

ومن المشايخ من فرّق بين القسمة والبيع، والفرق أن مبنى القسمة على المعادلة فى المنفعة والمالية، ولا يصير ذلك معلومًا [لكل واحد منهما][1] إلا إذا كان الشقص معلومًا لكل واحد منهما، فأما البيع عقد مقابلة يقصد به الاسترباح، والمشترى هو الذى يقبض المبيع، فيشترط أن يكون مقداره معلومًا له، فأما حق البائع فى الثمن، وهو معلوم، فيتحقق هذا المعنى.

يظهر الفرق إذا اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم شريك غائب أو صغير ليس له وصى لاتصح القسمة، وإن فعلوا ذلك بأمر القاضى صحت القسمة؛ لأن فعلهم بأمر القاضى كفعل القاضى بنفسه، ولو قسّم القاضى بنفسه وفيهم غائب أو صغير تصح القسمة، وينتصب الحاضر خصمًا من الغائب، كذا إذا فعلوا بأمر القاضى، وإن قدم الغائب وأجاز قسمتهم جاز، كذلك إذا بلغ الصغير وأجاز قسمتهم؛ لأن هذا تصرف عقد، وله مجيز حال وقوعه، فإن الغائب مجيز، وكذلك أب الصغير أو وصيه مجيز، وكل تصرف عقد وله مجيز حال وقوعه يتوقف.

فإن قيل: فى هذا توقيف الشراء، ومن مذهبنا أن الشراء لا يتوقف؟

قلنا: الشراء إنما لا يتوقف إذا كان شراء محضًا بأن اشترى شيئًا لغيره بدراهم بغير أمره، فأما إذا كان الشراء فيه بيع، فإنه يقف كما لو اشترى جارية لنفسه بعبد للغير، فإن شراء الجارية يقف؛ لأنه بيع فى العبد، إذا ثبت هذا فنقول: هذه القسمة شراء فيها معنى البيع، فجاز أن يقف، فإن مات الغائب أو الصبى فأجاز وارثه، عمل إجازة الوارث عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وعند محمد رحمهم الله تبطل القسمة، فوجه قول محمد رحمه الله تعالى أن موت من له الإجازة قبل الأداء يبطل العقد، كالبيع المحض.

وجه قولهما: إنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجارة احتجنا إلى إعادة مثلها ثانيًا

(١) زيد من بقية النسخ.

عند طلب بعض الشركاء، فلا يفيد الإبطال، بخلاف البيع المحض؛ لأنا لو أبطلنا البيع بموت من له الإجازة لا نحتاج إلى إعادة مثلها ثانيًا، فكان فى الإبطال فائدة، ثم إنما تعمل الإجازة من الغائب أو من وارثه أو من الوصى أو من الصبى بعد البلوغ إذا كان ما وقع عليه القسمة قائمًا وقت الإجازة، فأما إذا هلك فلا، كالبيع المحض الموقوف على الإجازة مما يعمل فيه الإجازة ، إذا كان المبيع قائمًا وقت الإجازة، وكما تثبت الإجازة صريحًا بالقول تثبت الإجازة دلالة بالفعل، كما فى البيع المحض -والله أعلم- .

الفصل الرابع
فيما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل

١٣٥٢٤-وتدخل الشجرة في قسمة الأراضي وإن لم يذكروا الحقوق والمرافق، كما يدخل في بيع الأراضي، ولا يدخل الزرع والثمار في قسمة الأراضي وإن ذكروا الحقوق؛ لأن الثمار والزرع ليست من حقوق الأرض، فحقوق الأرض ما لا ينتفع بها بدون الأرض، فيكون من [توابع الأرض والزرع والثمار مما ينتفع بها بدون الأرض، فلا يكون من][1] حقوق الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع المحض بذكر الحقوق، وكذلك إن ذكر المرافق مكان الحقوق لا يدخل الثمار والزرع في ظاهر الرواية؛ لأن في العرف يراد بالمرافق الحقوق، فصار ذكر المرافق وذكر الحقوق سواء.

ولو ذكروا في القسمة بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، إن قال بعد ذلك من حقوقها، لايدخل الثمار والزرع، وإن لم يقل من حقوقها يدخل، ، والأمتعة المرفوعة فيها لا يدخل على كل حال؛ لأن الأمتعة إن كانت فيها فليست منها بوجه ما، وهو إنما شرط لصاحبه كل قليل وكثير هو فيها ومنها، فما يكون فيها ولا يكون منها لا يكون له، بخلاف الزرع؛ لأن الزرع فيها من كل وجه [ومنها من وجه][2] لأن الزرع متصل بالأرض اتصال تركيب، بهذا الطريق دخل الزرع في بيع الأرض بذكر كل قليل وكثير فيها ومنها.

وأما الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة، ذكر الحاكم الشهيد في "المختصر": أنهما يدخلان، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل" في موضع آخر من هذا الكتاب، فإنه قال: إذا كانت الأرض بين قوم ميراثًا اقتسموها بغير قضاء، فأصاب كل إنسان منهم قراح على حدة، فله شربه وطريقه ومسيل مائه، وكل حق لها، والصحيح أنهما لايدخلان، ألا يرى أنهما لا يدخلان في البيع من غير ذكر الحقوق، فكذا في القسمة؛ لأنها بمعنى البيع إلا أن فرق ما بين البيع والقسمة، إذ البيع

---

(١) زيد من بقية النسخ.

(٢) زيد من بقية النسخ.

جائز على كل حال، والقسمة جائزة إن أمكنه أن يجعل لأرضه شربا وطريقًا من موضع آخر، وإن لم يمكنه إن علم وقت القسمة، أن لا طريق ولا شرب له، فكذا القسمة جائزة وإن لم يعلم، فالقسمة باطلة؛ لأن البيع وضع لتمليك ما عقد عليه البيع، وقد حصل هذا المعنى على كل حال، فأما القسمة فكما أن فيها معنى التمليك ففيها معنى الإفراز، لما كان لهم من المنفعة، والمالية قبل القسمة، وإنما يتحقق الإفراز إذا لم يتضمن تفويت منفعة على بعض الشركاء منفعة كانت لهم قبل القسمة، فبدون ذلك لايكون قسمة على الحقيقة، فيتوقف على رضاهم.

ثم إذا ذكر الحقوق والمرافق فى القسمة، فإنما يتحقق المشروط له الحقوق الطريق فيما أصاب صاحبه بالقسمة إذا لم يمكنه إيجاد طريق آخر، أما إذا أمكنه فلا، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

ولو كان الطريق فى أرض غيرهما، استحق كل واحد منهما الطريق ذكر الحقوق، أمكنه إيجاد طريق آخر، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فى القسمة، وإنما ذكر كل قليل أو كثير هو فيها ومنها هل يدخل الطريق والشرب؟ ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن فى المسألة روايتين: فى رواية: لا يدخل؛ لأن هذه الحقوق ليست فى المبيع، ولا منها، وفى رواية هذا الكتاب يدخل بحكم العرف، فإنه كما يراد بهذه الكلمة إدخال ما فيها ومنها يراد بها إدخال هذه الحقوق.

١٣٥٢٥-وإذا اقتسم مقر أرضًا على أن لفلان هذه القطعة، وهذه النخلة، والنخلة فى غير هذه القطعة، وعلى أن لفلان الآخر هذه القطعة الأخرى، ولم يقولوا: بكل حق هو لها، وعلى أن للثالث القطعة التى فيها تلك النخلة، فالذى شرط له النخلة يستحق النخلة بأصلها من الأرض حتى لم يكن للذى شرط له القطعة التى فيها النخلة أن يقطع النخلة، فالنخلة يستحق بأصلها فيه القسمة.

١٣٥٢٦-وكذلك فى الإقرار إذا أقر لرجل بنخلة فإنه يستحق بأصلها، وإذا باع النخلة، أو باع الشجرة مطلقًا، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن فى المسألة روايتين، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ذكر فى "النوادر": أن فى البيع اختلافًا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، على قول أبى يوسف رحمه الله: يستحق النخلة بأصلها،

وعلى قول محمد رحمه الله: لا يستحق، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين القسمة والإقرار، والفرق أن فى القسمة بعض ما يصيب كل واحد منهما باعتبار أصل ملكه، وأصل ملكه فيها نخلة، وإنما يكون نخلة قبل القطع، فمن ضرورة استحقاق بعض النخلة بأصلها استحقاق جميع النخلة بأصلها، وكذلك فى الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار بملك النخلة له، فأما البيع إيجاب ملك مبتدأ، فلا يستحق به إلا المسمى فيه، والنخلة اسم لما ارتفع من الأرض بالأرض، فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء فى شيء من الأرض تسمية النخلة فى البيع ما لم يسم النخلة بأصلها، والحائط يستحق فى الإقرار والقسمة والبيع باتفاق الروايات، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه.

وذكر الخصاف فى كتاب الشروط: أن الحائط والنخلة والشجرة سواء، ثم ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب: أن الشجرة تستحق بأصلها فى القسمة، ولم يذكر مقدار ذلك، بعض مشايخنا قالوا: يدخل فى القسمة من الأرض ما كان بإزاء العروق يوم القسمة، أعنى عروقا لو قطعت تثبت الشجرة، وإليه مال الشيخ شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وبعضهم قالوا: يدخل فى الأرض بمقدار غلظ الشجرة يوم القسمة، وإليه مال فى الكتاب، فإنه قال: إذا ازدادت النخلة غلظًا كان لصاحب الأرض أن ينحت ما ازداد، فدل أنه قدر ما تحته من الأرض مقدار غلظ الشجرة وقت القسمة، فإن قطع الذى أصابته النخلة والشجرة، فله أن يفرز مكانها ما بدأ له؛ لأن صاحبها ملك من الأرض بقدر الغلظ الذى كان وقت القسمة، فكان له أن يتصرف فيها ما شاء، فإن أراد أن يمر إليها فمنعه صاحب الأرض عنه إن ذكروا فى القسمة بكل حق هو لها، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه، وله الطريق إلى نخلته، وإن لم يذكروا ذلك إن علم وقت القسمة أن لا طريق له، فالقسمة جائزة، وإلا فالقسمة مردودة.

١٣٥٢٧-وإذا كانت قرية وأرض ورحى ماء بين قوم بالميراث، فاقتسموها، فأصاب رجل الرحى ونهرها، وأصاب آخر البيوت وأقرحة مسماة، وأصاب آخر أيضًا أقرحة مسماة، ، فاقتسموها بكل حق هو لها، فأراد صاحب النهر أن يمر إلى نهره فى أرض أصاب صاحبه بالقسمة، فمنعه صاحبه، فليس له منعه إذا كان النهر فى وسط أرض هذا، ولا يصل إليه إلا بأرضه؛ لأن ذكر الحقوق والحالة هذه لاشتراط هذا

الطريق، والطريق يستحق بالشرط، وإن كان يصل إلى النهر بدون أرضه، بأن كان النهر متفرجًا مع حد الأرض، ولم يكن له أن يمر فى أرض هذا.

وإن كان الطريق إلى النهر فى أرض الغير، لا فى نصيب صاحبه، يدخل فى القسمة بذكر الحقوق أمكنه الوصول إلى النهر بدون ذلك الأرض، أو لم يمكن، وقد مرّ جنس هذا.

وإن لم يشترطوا فى القسمة الحقوق والمرافق وما أشبهها، وكان الطريق فى أرض الغير، فإن لم يمكنه فتح الطريق فى نصيبه، فالقسمة فاسدة إلا إذا علم بذلك وقت القسمة، وإن أمكنه فتح الطريق فى نصيبه، فالقسمة جائزة.

وكذلك إذا أمكنه المرور فى بطن النهر، بأن يصيب الماء من موضع منه، وكان يمكنه المرور فى ذلك فهو قادر على أن يمر فى نصيبه، فيكون القسمة جائزة، وإن لم يكن من النهر شيء مكشوف، فالقسمة فاسدة؛ لأن المرور متعذر إن كان الماء كثيرًا، متعسر إن كان قليلا، فلا يلتفت إليه، والتحق هذا بما إذا لم يمكنه فتح الطريق فى نصيبه.

١٣٥٢٨-ويدخل العلو والكنيف والشارع فى قسمة الدار، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، والظلة لا تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يدخل إذا كان مفتحها من الدار، والجواب فى القسمة نظير الجواب فى البيع.

١٣٥٢٩-فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": دار بين قوم اقتسموا، فوقع فى نصيب أحدهم بيت فيه حمامات، فإن لم يذكر الحمامات فى القسم، فهى بينهم كما كانت، وإن ذكروها فإن كانت لا يؤخذ إلا بصيد، فالقسمة فاسدة؛ لما ذكرنا أن القسمة فى معنى البيع، وبيع الحمامات إذا كانت لايؤخذ إلا بصيد فاسد، فكذا القسمة.

وإن كانت الحمامات تؤخذ بغير صيد، فالقسمة جائزة؛ لأن بيع الحمامات إذا تؤخذ بغير صيد جائزة، وهذا كله إذا اقتسموها بالليل حتى اجتمعت كلها فى البيت، فأما إذا اقتسموها بالنهار بعد ما خرجت من البيت، فالقسمة فاسدة، كالبيع.

فى "مجموع النوازل": شريكان اقتسما كرما نصفين، وفيه أعناب وثمار، فإن قالا: على أن هذا النصف لفلان بكل قليله وكثيره، أو قالا: بما فيه من الأعناب

والثمار، يصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولا: ذلك، تبقى مشتركة؛ لأن قسمة العقار بيع، وبيع الكرم لا يكون بيعًا للأعناب والثمار إلا بالتنصيص، أو بذكر القليل والكثير.

فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": كرم بين اثنين اقتسماه، فوقع النصف الأعلى فى نصيب أحدهما مع الطريق القديم، ووقع النصف الأسفل فى نصيب الآخر مع طريق دفعوه للنصف الأسفل، وفى الطريق الذى للنصف الأسفل أشجار، قال الفقيه أبو القاسم: الأشجار لمن جعل له الطريق، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن جعلا ملك الطريق له، فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة بيع الأرض والشجرة تدخل فى بيع الأرض تبعًا، وإن جعلا حق المرور له لا ملك الطريق، فالأشجار مشتركة بينهما كما كانت.

فيه أيضًا: لو كان بين شريكين دار، فرفعا بابًا منها، ووضعاه فيها، ثم قسم الدار، فالباب الموضوع لا يدخل فى القسمة إلا بالذكر، كما فى البيع -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس
فى الرجوع عن القسمة، واستعمال القرعة فيها

١٣٥٣٠-قال محمد : إذا كان الغنم أو ما أشبهه بين رجلين، فأراد قسمتها وقسماها نصفين، ولم يقصرا عن طلب المعادلة، ثم بدا لأحدهما الرجوع، فإن بدا له قبل تمام القسمة، بأن كان ذلك قبل خروج القرعة، فله الرجوع؛ لأن المقصود من القسمة وهو تعين الأنصباء، لم يحصل قبل الإقراع، فحاله ما قبل الإقراع فى القسمة، والمقصود لم يحصل كحال المساومة فى باب البيع.

وإن بدا له بعد تمام القسمة بأن بدا له بعد ما خرج قرعتهما، أو بعد ما خرج قرعة أحدهما، وتعين نصيب كل واحد منهما ليس له الرجوع؛ لأن القسمة فى معنى البيع، والرجوع عن البيع بعد تمامه لا يعمل، فكذلك الرجوع من القسمة.

وإن كان الشركاء ثلاثة، فخرج قرعة أحدهم، فلكل واحد منهم الرجوع؛ لأن القسمة لم تتم فى حق كل واحد منهم، أما فيه حق من لم يخرج قرعتهما؛ لأنه لم يتعين نصيب كل واحد منهم، وأما فى حق من خرج قرعته وإن تعين نصيبه؛ لأن ما يترك على صاحبه [من نصيبه لم يتعين بعد][1] فكأنه وجد إحدى شطرى القسمة، وإن خرج قرعة اثنين منهم، ثم أراد أحدهم أن يرجع، ليس له ذلك؛ لأنه تعين نصيب كل واحد منهم، وتمت القسمة فى حقهم؛ لأن بخروج السهمين يتعين السهم الثالث.

ولو كان الشركاء أربعة، ما لم يخرج قرعة ثلاثة منهم فإن لكل واحد منهم الرجوع، وهو بناء على ما قلنا، وفى "نوادر ابن رستم": لو كانت القسمة من القاضى، أو قسّامه، فليس لأحد الشركاء الرجوع، وإن لم يخرج السهام أصلا؛ لأن القاضى يجبرهم ذلك، فلا يلتفت إلى رجوع واحد منهم، لا بعد خروج القرعة، ولا قبل خروجها.

---

(١) هكذا فى "م": من هنا "ظ" ساقط.

وإذا كان غنم بين قوم تساهموا عليها قبل أن يقسموها، فأيهم خرج سهمه أو لا عدوا له كذا الأول فالأول، فهذا لا يجوز؛ لأن ذلك مجهول؛ لأنه لا يدرى نصيب كل واحد منهم بعد الإقراع، فإنه لا يدرى أى عشرة تعدله الجيد، أو الوسط أو الردى، وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة، فتفسد القسمة، كما يفسد البيع، وإن كان فى الميراث إبل وبقر وغنم، فجعلوا الإبل قسما والبقر قسما والغنم قسما، ثم تساهموا عليها، وانزعوا، فهذا جائز؛ لأن ما يصيب كل واحد منهم بعد القرعة معلوم، بخلاف الفصل الأول، فإن ما يصيب كل واحد بعد القرعة ثمّة ليس بمعلوم.

١٣٥٣١-وإن كانت الدار بين رجلين، فاقتسما على أن أخذه أحدهما الثلث منه مؤخرها بجميع حقه، وأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم يقع الحدود بينهما، ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقع الحدود، وإنما يعتبر رضاهما بعد وقع الحدود، وهذا لأن الرضا بالقسمة إنما يعتبر وقت وجود القسمة وتمامها، كالرضا بالبيع يعتبر وقت وجود البيع وتمامه، وتمام القسمة بوقع الحدود والتعين إما بالنص أو بالإقراع؛ لأن الإفراز به يتحقق.

ذكر فى "الأجناس": القرعة ثلاث: الأولى: لإثبات حق وإبطال حق آخر، وأنها باطلة، كمن أعتق أحد عبديه بغير عينه، ثم تعين بالقرعة، والأخرى: لطيبة النفس، وأنها جائزة، كما يقرع بين النسَاء ليسافر بها، والثالثة: لإثبات حق واحد، وفى مقابلته مثله، فيفرض لها كل حقه كالقسمة، وهو جائز -والله أعلم بالصواب-.

الفصل السادس
فى الخيار فى القسمة

١٣٥٣٢-الخيار نوعان: نوع يثبت بالشرط، ونوع يثبت بدون الشرط، والذى يثبت بدون الشرط نوعان: خيار الرؤية، وخيار العيب، والقسمة نوعان: قسمة يوجبها الحكم يعين بها قسمة يجبر الآبى عليها، وقسمة لا يوجبها الحكم يبنى بها قسمة لا يجبر الآبى عليها، وقد أفرد محمد رحمه الله فى "الأصل" لكل خيار بابًا، وبدأ بخيار الرؤيا، فنحن نبدأ به أيضًا، فنقول:

خيار الرؤية يثبت فى القسمة التى لا يوجبها الحكم؛ لأن إثباته مفسد، وهل يثبت فى القسمة التى يوجبها الحكم؟ ينظر، إن وقعت هذه القسمة فى ذوات الأمثال من المكيل والموزون، أو العدديات المتقاربة من جنس واحد، لا يثبت؛ لأن إثباته غير مفيد؛ لأنا متى أثبتناه ونقضنا القسمة به يجب إعادتهما كما وقعت أول مرة، فلا يفيد الاشتغال به، بخلاف القسمة التى لا يوجبها الحكم؛ لأنا لو نقضناها بخيار الرؤية، لا يجب إعادة[1] مثلها ثانيًا، فكان الإثبات مفيدًا.

وإن وقعت هذه القسمة فى غير ذوات الأمثال كالغنم والبقر والإبل والثياب الهروية أو المروية، ففيه روايتان، ذكر فى رواية أبى سليمان: أنه يثبت، وذكر فى رواية أبى حفص رحمهما الله: أنه لا يثبت، والصحيح ما ذكر فى رواية أبى سليمان رحمه الله، ووجه ذلك: أن إثبات الخيار فى هذه القسمة مفيد؛ لأن المعادلة فى غير المكيل والموزون يعتبر من حيث القسمة، والقيمة تعرف بالحزر، فيتوهم جريان الغلط فيها، فمتى نقضنا هذه القسمة بخيار الرؤية ربما يعاد على وجه يكون أعدل من الأول، فكان النقض مفيدًا، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن المعادلة فيها يعتبر من حيث الأجزاء، لا من حيث القيمة، فمتى نقضناها احتجنا إلى إعادة مثلها.

١٣٥٣٣-ثم ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب: الحنطة والشعير وكل ما يكال وكل

(١) وفى م "أعاره".

ما يوزن، وأثبت في قسمتها خيار الرؤية، قال مشايخنا رحمهم الله: أراد بما قال: الحنطة والشعير جميعًا، والمكيل والموزون جميعًا لا أحدهما على الانفراد، حتى يكون المقسوم أجناسًا، فيكون قسمة لا يوجبها الحكم بتراضيهما، فيثبت فيها خيار الرؤية، وإن أراد بذلك الحنطة على الانفراد [أو الشعير على الانفراد][1] فهو مجهول على ما إذا كان صفتها مختلفة، بأن كان البعض عِلكة رخوًا، أو البعض خمرًا، أو البعض بيضًا، واقتسما كذلك، حتى تكون القسمة واقعة على وجه لا يوجبها الحكم، أو كانت صفتها واحدة، إلا أنه أصاب أحدهما من أعلى الصبرة، وأصاب الآخر من أسفله، وهكذا الجواب في الذهب التبر والفضة التبر، وكذلك أواني الذهب والفضة والجوهر واللآلئ، وكذلك العروض كلها، وكذلك السلاح والسيوف والسروج.

١٣٥٣٤-وإذا كانت ألفا درهم بين رجلين، كل ألف في كيس، فاقتسما على أن لأحدهما كيسًا وللآخر كيسًا، قد رأى أحدهما المال كله، ولم يرَه الآخر، فإنه لا يثبت خيار الرؤية؛ لأنها قسمة وقعت على وجه يوجبها الحكم؛ وهذا لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه، ولا مقصود في عينها، إنما المقصود الثمنية، وبمعرفة المقدار يصير المقصود معلومًا على وجه لا يتفاوت، فيتم الرضاء به قبل الرؤية، بخلاف سائر الأعيان.

قال: إلا أن يكون قسم الذي لم يرَ المال شراءهما، فيكون [له الخيار، وإن شاء ردّ القسمة، وإن شاء أمضاها، واختلف المشايخ في تعليله، قال بعضهم: لأنه إذا كان قسمه شراهما بأن كان ديونًا كان ذلك عيبًا، فرد بخيار العيب، لا بخيار الرؤية وخيار][2] العيب ثبت في القسمات كلها.

وبعضهم قالوا: لأنهم إنما رضوا بقسمته على أن يكون في الصفة بمثل ما أخذ صاحبه، فإذا كان دون ذلك لا يتم به الرضا، فيتخير في ذلك، كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون، ثم كان ما بقي شراء مما رأى، فإنه يثبت له الخيار، فهذه إشارة إلى أن الرد بخيار الرؤية.

١٣٥٣٥-وإذا اقتسم الرجلان بستانًا وكرمًا، فأصاب أحدهما البستان، وأصاب

---

(١) زيد من م.

(٢) زيد من م.

الآخر الكرم، ولم يرَ واحد منهما الذى أصابه، ولا رأى شجرة[1] ولا نخلة، وإنما رأى الحائط من ظاهره، سقط خيار الرؤية برؤية الظاهر، كرؤية شجرة الباطن.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرحه: وبهذه المسألة تبين ضعف قول من يقول فى مسألة بيع الدار إذا رأى المشترى ظاهر الدار، ولم يرَ داخلها أن جواب محمد رحمه الله تعالى أنه لا خيار للمشترى محمول على دون الكوفة؛ لأنها لا يتفاوت فيه السعة والضيق، ألا يرى أن محمّدًا رحمه الله فى مسألة البستان والكرم اكتفى برؤية الظاهر مع أن فى البستان والكرم المقصود يتفاوت بتفاوت الأشجار والنخيل، ولم يشترط رؤية شيء من ذلك، فعلم أن المعنى فى تلك المسألة إنما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع فى إسقاط الخيار.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: تأويل قوله: ولا رأى شجرة ولا نخلة كل الشجر وكل النخيل، وإنما رأى رؤوس الأشجار ورؤوس النخيل، أما لو لم يرَ رؤوس الأشجار أيضًا لا يسقط خيار الرؤية، وهذا القائل هكذا يقول فى بيع المحض، ثم إذا ثبت خيار الرؤية فى القسمة فى أى موضع ثبت، يبطل بما يبطل به هذا الخيار فى البيع فى القسمة فى موضع المحض؛ لأن القسمة فى معنى البيع، وقد عرف تفاصيل ذلك فى كتاب البيوع.

جئنا إلى خيار العيب، فنقول: خيار العيب يثبت فى نوعى القسمة جميعًا؛ لأن إثبات خيار العيب مفيد فى النوعين جميعًا، فإن القسمة متى نقضت بسبب العيب لا يحتاج إلى إعادة مثلها على حسب ما وقعت أول مرة، بل يعاد على وجه يزول الضرر عن وقوع العيب فى قسمه، ومن وجد من الشركاء فى شيء من قسمه، فإن كان قبل القبض رد جميع نصيبه، سواء كان المقسوم شيئًا واحدًا، أو أشياء مختلفة، كما فى البيع، وإن كان بعد القبض، فإن كان المقسوم شيئًا واحدًا حقيقةً وحكمًا، كالدار الواحدة أو حكمًا لا حقيقةً، كالمكيل والموزون، يرد جميع نصيبه، وليس له أن يرد البعض دون البعض، كما فى البيع المحض، وإن كان المقسوم أشياء مختلفة حقيقةً وحكمًا كالأغنام، يرد للعيب خاصة، كما فى البيع المحض، وما يبطل به خيار العيب فى البيع المحض، كذا

(١) هكذا فى م، وكان فى الأصل: "جوفه".

يبطل به في القسمة ؛ لأن في القسمة معنى البيع على ما مرّ .

١٣٥٣٦-وإذا استخدم الجارية بعد ما وجد بها عيبًا ، ردها استحسانًا ، وإذا دام على سكنى الدار بعد ما علم بالعيب بالدار ردها بالعيب استحسانًا أيضًا ، وإذا دام على ركوب الدابة ، أو دام على لبس الثوب بعد ما علم بالعيب لايرد بالعيب استحسانًا وقياسًا ، والاستحسان في مسألة السكنى طريقان : أحدهما : أن الدوام على السكنى بعد ما علم بالعيب محتمل بين أن يكون لاختيار الملك فيسقط خياره ، وبين أن يكون لعجزه عن الانتقال ؛ لأن الانتقال من دار إلى دار لا يمكن إلا بكلفة ومؤنة ، وربما لا يتهيأ له ذلك ، فلا يكون اختبارًا للملك مع الشك ، فلا يسقط خياره ، بخلاف الدوام على الركوب واللبس ؛ لأنه لا عجز عن النزع والنزول ، فكان لاختيار الملك ، فعلى قود هذه الطريقة يقول : إذا أنشأ السكنى بعد ما علم بالعيب يسقط خياره ؛ لأن إنشاء السكنى لا يكون إلا لاختيار الملك ؛ لأنه لا يحتمل العجز عن الانتقال ، ومحمد رحمه الله لم يذكر فصل إنشاء السكنى ، وفي بعض روايات كتاب القسمة إنما ذكر فصل الدوام .

الطريق الثاني : أن الدوام على السكنى محتمل بين أن يكون بالملك الحادث المستفاد بالقسمة من جهة صاحبه ، فيدل على اختيار الملك وبين أن يكون بملكه القديم ؛ لأن كل واحد منهما يملك ذلك بملكه القديم من غير رضا شريكه ؛ لأن الناس لا يتفاوتون فيه ، وعلى هذا الاعتبار لا يكون اختيارًا للملك ، فلا يثبت له الاختيار بالشك ، بخلاف الدوم على اللبس والركوب ؛ لأنه لا يحتمل أن يكون بالملك القديم ؛ لأن أحد الشريكين لايملك ذلك من غير رضا شريكه لما أن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ، فيتعين أن يكون بالملك الحادث ، فعلى قود هذه الطريقة نقول : إذا أنشأ السكنى بعد ما علم بالعيب لا يسقط خياره ، وإلى هذا أشار في بعض روايات هذا الكتاب ، وأما في البيع المحض هل يسقط خيار العيب بالسكنى دوامًا كان أو إنشاء؟ فلا ذكر لهذه المسألة في كتاب البيوع ، وقد اختلف المشايخ فيه ، فمن سلك الطريق الأول في مسألة القسمة يقول : خيار العيب في القسمة والبيع المحض يبطل بإنشاء السكنى ، ولا يبطل بدوامه ، ومن المشايخ من فرّق بين البيع المحض وبين القسمة ، فقال : في البيع يبطل خيار العيب بالسكنى إنشاء ودوامًا ، وفي القسمة لا يبطل خيار العيب بالسكنى لا إنشاء ولا دوامًا .

والفرق أن السكنى فى فصل سكنى القسمة دوامًا كان إنشاء يحتمل أن يكون بالملك القديم، فأما البيع لا يكون بالملك القديم دوامًا كان أو إنشاء، فيتعين أن يكون الحادث المستفاد بالبيع، فيكون اختياراً للملك، فلهذا افترقا.

وأما فى خيار الشرط إذا سكن الدار فى مدة الخيار، أو دام على السكنى، ذكر محمد رحمه الله فى كتاب البيوع: إذا سكن المشترى فى الدار فى مدة الخيار، سقط خياره، ولم يفصل بينهما إذا أنشأ السكنى وبينما إذا دام على السكنى، فمن فرّق من المشايخ بين إنشاء السكنى وبين الدوام عليه فى مسألة القسمة يفرق بينهما أيضًا فى خيار الشرط يبطل بإنشاء السكنى، ولايبطل بالدوام عليه، إذ لا فرق بينهما.

ومن قال: خيار العيب فى القسمة لا يبطل لا بإنشاء السكنى ولا بدوامه، قال: بأن خيار الشرط يبطل بإنشاء السكنى وبدوامه، والفرق بينهما وهو أن السكنى فى خيار العيب يحتمل أن يكون لإمكان الرد بالعيب؛ لأن مدة الرد بالعيب قد يطول؛ لأن الرد بالعيب لايكون إلا بقضاء أو رضاء، وعسى لا يرضى به خصمه، فيحتاج إلى القضاء، والقضاء يعتمد سابقة الخصومة، ومدة الخصومة عسى يطول، فمتى لم يسكنها تخرب؛ لأن الدار تخرب إذا لم يسكن فيها أحد، فتعجز عن الرد حينئذٍ، فيحتاج إلى السكنى لإمكان الرد بالعيب اختياراً للملك، وعلى هذا الاحتمال فلهذا لايسقط به خيار العيب، فأما فى خيار الشرط لا يحتاج إلى السكنى لإمكان الرد؛ لأنه يتمكن من الرد بنفسه من غير أن يتوقف ذلك عن قضاء أو رضاء، فلا تطول مدة الرد، فلا يحتاج إلى السكنى لإمكان الرد، فكان لاختيار الملك، فيوجب سقوط خياره.

١٣٥٣٧-وإذا باع قسمه الذى أصابه من الدار، ولا يعلم بالعيب، فرده المشترى عليه، إن قبله بغير قضاء فليس له أن ينقض القسمة، وإن قبله بقضاء فله أن ينقض القسمة، كما فى البيع المحض، فإن كان المشترى قد هدم شيئًا من الدار قبل أن يعلم بالعيب، لم يكن له أن يرده ويرجع نقصان العيب، كما فى البيع المحض، ، قال: وليس للبائع أن يرجع بنقصان ذلك على من قاسمه، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف.

فمن مشايخنا من قال ما ذكر هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وحده، أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يرجع بنقصان العيب على من قاسمه، وقاس هذه المسألة

بمسألة ذكرها فى كتاب الصلح، وصورتها:

١٣٥٣٨-رجل اشترى من آخر جارية وقبضها وباعها من غيره، فهلكت عند المشترى، ثم اطلع المشترى الثانى على عيب بها، فإن له أن يرجع بنقصان العيب على بائعه، وهو المشترى الأول، وهل للمشترى الأول أن يرجع على بائعه، ذكر أن على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع، فهن يجب أن يكون على الخلاف أيضًا.

ومن المشايخ رحمهم الله من يقول: ما ذكر فى كتاب القسمة قول الكل، وفرّق هذا القائل بين مسألة كتاب القسمة وبين مسألة كتاب الصلح.

ووجه الفرق: إن فى مسألة كتاب القسمة التزم ضمان النقصان باختياره، فإنه كان يمكن أن يقب المبيع، ولا يؤدى النقصان، فهو معنى قولنا: التزم ضمان النقصان، فلا يرجع بذلك على غيره، أما فى مسألة كتاب الصلح التزم ضمان النقصان على اضطرار وجبر، فإن القبول بعد الهلاك غير ممكن، فجاز أن يرجع بذلك على بائعه، ولكن هذا الفرق لا يكاد يصح؛ لأن فى مسألة كتاب القسمة لا يمكنه القبول إلا بزيادة عيب يلزم، فكان مضطرًا فى التزام ضمان النقصان، فالصحيح أن المسألة على الاختلاف.

جئنا إلى خيار[1] الشرط: فنقول: خيار الشرط يثبت فى القسمة حيث يثبت خيار الرؤية، وما يبطل به خيار الشرط فى البيع المحض يبطل به فى القسمة، وإنما يصح اشتراط الخيار فى القسمة على نحو ما يصح اشتراطه فى البيع المحض حتى يجوز اشتراطه ثلاثة أيام بلاخلاف، وما زاد على الثلاثة يكون على الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله، وإن ادعى المشروط له الخيار بعد مضى مدة الخيار، الفسخ فى مدة الخيار، لا يصدّق على ذلك، كما فى البيع المحض.

(١) وفى م الأصل: "إلى اختيار الشرط".

الفصل السابع
فى بيان من يلى القسمة على الغير ومن لا يلى

١٣٥٣٩-الأصل: أن من ملك بيع شىء ملك قسمته؛ لأن فى القسمة بيعًا وإفرازًا، ومن ملك بيع شىء ملك إفرازه ضرورة، إذا عرفت هذا، فنقول: الأب يقاسم مال ولده الصغير، عقارًا كان أو منقولا بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش؛ لأنه يملك بيع مال ولده الصغير عقارًا كان أو منقولا، بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش فكذا القسمة، ووصى الأب فى ذلك بمنزلة الأب، والجد -أب الأب- حال عدم الأب، ووصى الأب بمنزلة الأب.

وأما وصى الأم يقاسم مال ولدها الصغير ما سوى العقار من تركة الأم إذا لم يكن للصغير أحد ممن سمّينا، ولا يقاسم ماله من غير تركة الأم، العقار والمنقول فى ذلك على السواد، وهذا لأن وصى الأم قائم مقام الأم، والأم كانت تملك حال حياتها، كانت تملك بيع منقولاتها التى يرثها هذا الصغير تحصينًا على نفسها وعلى الصغير، فإنها ما لم تحصن ذلك ويحفظها لايبقى لها، ولا تصير موروثًا للصغير من جهتها، وكانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك بيعها العقار والمنقول فى ذلك على السواء، وما كانت تملك بيع عقارات نفسها التى يرثها هذا الصغير تحصينًا؛ لأنها محصنة بنفسها، وإنما كانت تملك بيعها لحاجتها إلى الثمن، إذا ثبت هذا فى حق الأم ثبت فى حق وصيها الذى هو قائم مقامها، فيملك وصيها بيع المنقولات التى ورثها من الأم تحصينًا، ولا يملك بيع عقاراته التى ورثها من الأم تحصينًا، وإنما يملك بيعها لحاجته إلى ثمنها، بأن كان عليه دين، ولا وفاء له إلا من ثمنها، ولا يملك بيع ما ورث الصغير من غير الأم، العقار والمنقول فى ذلك سواء.

وإذا عرفت الجواب فى البيع ظهر الجواب فى القسم، ففى كل موضع ملك هذا الوصى البيع ملك القسمة؛ لأن فى القسمة تحصين، فإن الإنسان أقدر على تحصين المقسوم، وفى كل موضع لا يملك البيع لا يملك القسمة، وكل جواب عرفته فى وصى

الأم فهو الجواب فى وصى الأخ والعمّ وابن العمّ يقاسم ما ورث الصغير من هؤلاء ما سوى العقار، ولا يقاسم العقار، ولايقاسم ما ورث الصغير من غيرهم العقار، والمنقول فى ذلك سواء؛ لأنه لا ولاية لهؤلاء على الصغير، كما لا ولاية للأم، فكانوا بمنزلة الأم، فكان وصيهم بمنزلة وصى الأم.

١٣٥٤٠-ولا يجوز قسمة الأب الكافر على ابنه المسلم، وكذا لا يجوز قسمة الأب المملوك على ابنه الحر، ولا يجوز قسمة الملتقط على اللقيط، كما لا يجوز بيعه، ولا تجوز قسمة الوصى بين الصغيرين، كما لا يجوز بيعه مال أحدهما من الآخر، والوصى إذا قاسم مالا مشتركًا بينه وبين الصغير، لايجوز إلا إذا كان للصغير فيها منفعة ظاهرة عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله لا يجوز، وإن كان للصغير فيه منفعة ظاهرة.

١٣٥٤١-ويجوز[1] للأب أن يقاسم مالا مشتركًا بينه وبين الصغير، وإن لم يكن للصغير فيه منفعة ظاهرة، فإن كان فى الورثة صغار وكبار، والكبار حضور، فقاسم الوصى الكبار، وميّز نصيب الصغار جاز، ولا تجوز قسمة الوصى على الكبار الغيّب فى العقار، وتجوز قسمته فى العروض.

١٣٥٤٢-زاد البقالى فى "كتابه": العروض من تركة الأب؛ وإن كان فيهم صغير وكبير حاضر وكبير غائب، فعزل الوصى نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير، وقاسم الكبير الحاضر، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: جاز قسمته فى العقار والعروض، وعلى قولهما رحمهما الله: يجوز فى العقار، ولا يجوز فى العروض، كما فى البيع، ولا يقسم على الموصى له من غير أمر القاضى، وروى الحسن عن أبى يوسف رحمهما الله أنه يجوز، وهو قول الحسن.

١٣٥٤٣-وإذا جعل القاضى وصيّا ليتيم فى كل شىء، فقاسم عليه فى العقار والعروض جاز، ولو جعله وصيّا فى النفقة أو فى حفظ شىء بعينه فقاسم لا يجوز، وهذا بخلاف وصى الأب إذا جعل الأب وصيّا فى شىء خاص، فإنه يكون وصيّا فى الأشياء كلها، فالوصاية من القاضى قابلة للتخصيص، ومن الأب لا تقبل التخصيص

---

(١) وفى الأصل: "فيجوز".

[مع نصيب الصغير وقاسم الكبير][(١)].

١٣٥٤٤-ولا تجوز القسمة على المبرسم والمغمى عليه، والذى يجنّ ويفيق إلا برضاه، أو وكالته فى حالة صحته وإفاقته، وهذا لأن هذا العارض على شرف الزوال، فكان ملحقًا بالعدم، إلا أنه موجود حقيقةً، فما يثبت للغير عليه من الولاية الثابتة بالوكالة حالة الصحة لايزول، وما لم يكن ثابتًا للغير عليه من الولاية لا يثبت.

---

(١) هكذا فى الأصل.

الفصل الثامن

فى قسمة التركة، وعلى الميت، أو له دين، أو موصى له، وفى ظهور الدين بعد القسمة، وفى ظهور الوارث، أو الموصى له بعد القسمة، وفى دعوى الوارث دينًا فى التركة، أو عينًا من أعيان التركة

١٣٥٤٥-قال محمد رحمه الله: إذا اقتسم الورثة دار الميت، أو أرض الميت، وعلى الميت دين، فجاء الغريم يطلب الدين، فإن لهم أن ينقضوا القسمة، سواء كان الدين قليلا أو كثيرًا.

يجب أن يعلم أن الورث إذا طلبوا قسمة التركة من القاضى، وعلى الميت دين، والقاضى يعلم به، وصاحب الدين غائب، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة، فالقاضى لايقسمها بينهم؛ لأنه لا ملك لهم فى التركة، فلا يكون فى القسمة فائدة، فلا يقسمها، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة، فالقياس أن لا يقسمها أيضًا، بل يوقف الكل، وفى الاستحسان: يوقف مقدار الدين، ويقسم الباقى بينهم، ولا يأخذ كفيلا منهم بشىء من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما.

وإن لم يعلم القاضى بالدين سألهم هل عليه دين، فإن قالوا: نعم، سألهم عن مقدار الدين؛ لأن الحكم يختلف، فإن فسروا بمقدار لا يستغرق التركة، وقف مقدار وقسم الباقى، وإن قالوا: لا دين، فالقول قولهم؛ لأن الورثة قائمون مقام الميت، والميت حال حياته لو قال: ليس علىّ دين، كان القول قوله، فكذا إذا قال ورثته: ذلك، ثم يسألهم، هل فيها وصية؟ فإن قالوا نعم، سألهم أنها حصلت بالعين أو مرسلة؛ لأن الحكم يختلف، فإن قالوا: لا وصية فيها، قسّمها القاضى حينئذٍ بينهم، فإن ظهر بعد ذلك دين نقض القاضى القسمة؛ لأنه ظهر أنها حصلت فى غير أوانها؛ لأن أوان قسمة الميراث ما بعد الدين.

توضيحه: إن حق الغريم يتعلق بالتركة، فكانت القسمة مصادفة حقهم، فكان لهم النقض إذا كان النقض مفيدًا، وفى النقض فائدة، فإنه يباع شىء من التركة فى دينه،

ولايحتاج إلى أن يبيع كل واحد من الورث بما يخصه، وكذلك لو أن القاضى لم يسأل الورثة عن الدين، وقسم التركة بينهم حتى جازت القسمة ظاهراً، ثم ظهر الدين، فالقاضى ينقض القسمة إلا أن يقضوا الدين من مالهم -يعنى الورثة- فحينئذٍ القاضى لا ينقض القسمة فى الفصلين جميعًا.

وكذلك لو أبرأ الغريم الميت عن الدين لا ينقض القسمة؛ لأن الموجب للنقض حق الغريم، وقد زال حقه قبل النقض، فيمنع النقض، وهذا كله إذا لم يعزل الورثة نصيب الغريم، ولم يكن للميت مال آخر سوى ما اقتسموا، أما إذا عزلوا، أو كان للميت مال آخر سوى ما اقتسموا، فالقاضى لا ينقض القسمة.

وكذلك الجواب فيما إذا اقتسم الورثة التركة بأنفسهم، ثم ظهر الغريم، وكذلك لو ظهر وارث آخر، لم تعرفه الشهود، أو ظهر موصى له بالثلث، أو الربع، وقد قسم الورثة التركة بأنفسهم، فإن القاضى ينقض القسم، ثم يستأنفها بعد ذلك؛ لأنه تبين أنها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء.

فإن قيل: أى فائدة فى نقض القسمة واستئنأفها من ساعته؟

قلنا: إذا لم ينقض القسمة يحتاج هذا الوارث أو الموصى له إلى أن يستوفى مما وصل إلى كل واحد منهم مقدار نصيبه، فيتفرق نصيبه فى مواضع، وإذا استؤنفت[1] القسمة لا يتفرق نصيبه، وهذه فائدة ظاهرة.

فإن قالت الورثة: نحن نقضى حق هذا الوارث أو الموصى له من مالنا، ولاننقض القسمة، لا يلتفت إلى قولهم، إلا أن يرضى هذا الوارث، أو الموصى له، فرق بين هذا وبينما إذا ظهر غريم أو موصى بألف مرسلة، فقالت الورثة: نحن نقضى حقه من مالنا، ولا ننقض القسمة أن لهم ذلك، والفرق أن حق الوارث، والموصى بالثلث، أو الربع فى عين التركة، فإذا أرادوا أن يعطوا حقه من مالهم فقد قصدوا شراء نصيبه من التركة، فلا يصح إلا برضاه، ألا ترى أن فى الابتداء لو أرادت الورث أن يقسموا جميع التركة فيما بينهم، ونقضوا حق وارث آخر، وحق الموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك، وطريقه ما قلنا.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "استوفيت".

أما حق الغريم والموصى له بألف مرسلة ليس فى عين التركة، بل فى معنى التركة من حيث الاستيفاء من مالية التركة، ومن مال الوارث سواء، ألا ترى أن فى الابتداء لو أرادوا أن يقسموا جميع التركة بينهم، ويقضوا حقهما من مالهم، كان لهم ذلك، كذا هنا.

قال: وكذلك لو قضى واحد من الورث حق الغريم من ماله على أن لايرجع فى التركة، فالقاضى لا ينقض القسمة، بل يمضيها؛ لأن حق الغريم قد سقط ولم يثبت للوارث دَين آخر لما شرط أن لا يرجع، فأما إذا شرط الرجوع، أو سكت فالقسمة مردودة إلا أن يقضوا حق القاضى من مالهم؛ لأن دين القاضى فى التركة بمنزلة دين الغريم، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا شرط الرجوع مشكل فيما إذا سكت، وينبغى أن يجعل متطوعًا إذا سكت.

والجواب: إنما لم يجعل متطوعًا لأنه مضطر فى القضاء، ألا ترى أن الغريم قدمه إلى القاضى، قضى القاضى عليه بجميع الدين؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الدين.

ثم ما ذكر أن الورثة إذا اقتسموا التركة، ثم ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث أو الربع، فالقاضى ينقض القسمة، فذلك إذا كان القسمة بغير قضاء القاضى، فأما إذا كانت القسمة بقضاء القاضى، ثم ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث، فالوارث لا ينقض القسمة إذا عزل القاضى نصيبه.

وأما الموصى له فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: لاينقض، وإليه أشار محمد رحمه الله فى الكتاب، فإنه قال فى فصل الموصى: له أن ينقض القسمة إذا كانت القسمة بغير أمر القاضى، فهذا إشارة إلى أنها إذا كانت بقضاء، فالقاضى لا ينقض القسمة، وهذا لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة بمنزلة أحدهم، والوارث لا ينقض القسمة إذا كانت القسمة بقضاء، فكذا الموصى له. وبعضهم قالوا: ينقض، وفرقوا بين الموصى وبين الوارث، والأول أصح.

١٣٥٤٦-ولو كان للميت وصى، يقسم التركة وعزل نصيب الوارث، أو عزل نصيب الموصى له بالثلث، صحّ قسمته على الوارث، ولم يصح على الموصى له، وإذا كان بعض التركة دينًا، فاقتسموها، وشرط الدين فى قسم بعضهم، فالقسمة فاسدة؛

لأنهم باعوا الدين من غير من عليه الدين، وكذلك إذا اقتسموا الدين فيما بينهم، فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة للإفراز، وذلك لا يتحقق فى الدين قبل القبض؛ لأن قبل القبض الدين مجتمع فى مكان واحد.

وإن كان الدين على الميت، فاقتسموا على أن ضمن كل واحد منهم، أو أحدهم الدين الذى على الميت، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون الضمان مشروطًا فى القسمة، والحكم فيه أن القسمة فاسدة؛ لأن هذه قسمة شرط فيها كفالة بدين لم يجب القسمة.

الثانى: إذا لم يكن الضمان مشروطًا فى القسمة، إنما شرطوا بعد ذلك، والحكم فيه أنه وإن ضمن شرط أن يرجع فى التركة لم تكن القسمة نافذة على معنى أن له أن ينقضها؛ لأنه قال مقام الغريم: وأن ضمن على أن يرجع فى التركة بشىء، وعلى أن يبرئ الغرماء الميت، فهذ جائز إن رضى الغرماء بضمانه، وإن أبوا أن يقبلوا ضمانه، فلهم نقض القسمة، وهذا لأنه لما شرط فى الضمان أن يبرئ الغريم الميت، صارت الكفالة حوالة، فخلت التركة عن الدين، والمانع من لزم القسمة قيام الترك فى الدين، وإن لم يشترط على أن يبرئ الغريم الميت، لا تنفذ القسمة، وإن رضى الغرماء بضمانه؛ لأنه يبقى كفالة، فلا تخلوا التركة عن الدين.

١٣٥٤٧-وإذا ادعى بعض الورثة دينًا فى التركة بعد تمام القسم صحّ دعواه، وله أن ينقض القسمة، أما صح دعواه لأنه لو لم تصح إنما لا تصح لكونه مناقضًا بإقراره بصحة القسمة، ويكون المقسوم مكا للميت مقتضى الإقرار على القسمة، ولا تناقض؛ لأن الدين لا يمنع صحة القسمة، ولكن يثبت للغريم حق النقض.

وكذلك لا ينافى ملك الميت؛ لأن ملك الميت باق بعد الدين، والدين بالقسمة لا يتحول إلى محل آخر، فكان المانع قائمًا، فيبقى المنع، ألا ترى أنه لو أجاز القسمة ثم أراد أن ينقضها، فله ذلك، وهذا بخلاف ما لو بيع بالدين فأجاز، فإنه يحمل إجازته؛ لأن المانع من اللزوم يزول؛ لأن حقه يتحول من العين إلى الثمن، ولو كان ادعى عينًا من أعيان التركة، أنه اشتراها من الميت، أو وهبه الميت له، وسلّمه إليه، وكان ذلك بعد تمام القسمة، لا يسمع دعواه لمكان التناقض؛ لأنه بالإقدام على القسم أقر بصحة القسمة فى

هذا العين، ويكون هذا العين متروك الميت ميراثًا لهم، وبدعواه بعد ذلك لنفسه يدّعى فساد القسم فى هذا العين، فيدعى أنه ليس بميراث لهم، وهذا تناقض ظاهر.

١٣٥٤٨-ولو ادعى أحد الورثة بعد تمام القسمة أن الميت أوصى لابنه الصغير بثلث ماله، لايسمع دعواه؛ لأنه صار متناقضًا بدعوى فساد القسمة بعد ما أقر بصحتها، ولو كبر الابن، وادعى الوصية بالثلث لنفسه، وأقام البينة سمعت بينته؛ لأنه لا تناقض منه.

١٣٥٤٩-وإذا ادعى أحد الورثة بعد تمام القسم على قدر ميراثهم عن أبيهم أن أخًا له من أبيه وأمه ورث آباءهم معهم، وأنه مات بعد أبيهم، فورثه هو وأراد ميراثه، لا يسمع دعواه لمكان التناقض؛ لأنه بالإقدام على القسمة على مقدار ميراثهم عن أبيهم صار مقرًا بأن حقه فى مقدار معين، وبدعواه الثانى بعد ذلك ادعى أن حقه أكثر من ذلك القدر، وهذا تناقض ظاهر.

١٣٥٥٠-وإذا كانت الأراضى ميراثًا بين ثلاثة نفر عن أبيهم مات أحدهم وترك ابنًا كبيرًا، فاقتسم هو وعمّاه الأراضى على ميراث الجدّ، ثم إن الابن أقام بينة أن جده أوصى له بالثل، أراد إبطال القسمة، لم يسمع دعواه لمكان التناقض.

١٣٥٥١-ولو لم يدع وصى من الجدّ، ولكن ادعى دينًا على أبيه، صحت دعوته؛ لأنه لاتناقض فى دعوى الدين، فصحّ دعواه الدين، وثبت الدين بإقامته البينة، وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو كان الدين ثابتًا معاينة كان له أن ينقض القسمة، وليس لعميه أن يقولا: إن دينك على أبيك ليس على الجد، وقد أعطيناك نصيب أبيك، فإن شئت فبعه فى الدين، وإن شئت فأمسكه، وليس لك أن تنقض القسمة؛ لأنه لا فائدة لك فى النقض؛ لأن بعد النقض يقضى دينك من نصيبك لا من ميراث الجد؛ لأن له أن يقول: لا، بل لى فى النقض فائدة؛ لأن الثلث مشاعًا ربما يشترى بأكثر مما يشترى به مفردًا، فكان فى النقض فائدة؛ لأنه يزداد به مال الميت.

وهذا كرجل مات، وأوصى إلى رجل، وفى التركة دين غير مستغرق، وطلب الورثة من الوصى أن يفرز من التركة قدر الدين، ويقسم الباقى بينهم، كان له أن لا يقسم ذلك بينهم، ويبيع ذلك القدر مشاعًا؛ لأنه ربما يشترى بأكثر مما يشترى به المفرد، فيكون ذلك نظرا للميت، كذا هنا.

١٣٥٥٢-ولو ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه فى حياته بثمن مسمى، ونقد الثمن، وأقام البينة على ذلك، فهو جائز؛ لأنه غير مناقض فى هذه الدعوى؛ لأن شراءه نصيب أبيه لا يوجب فساد القسمة، ولا ينافى ملك الجد، بل يقرر، وتكون القسمة جائزة؛ لأن ما ادعى من الشراء لو ثبت معاينة بقيت القسمة على الصحة، كذا إذا ثبت بالبينة.

١٣٥٥٣-وإذا أقر الرجل أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا، ولم يقل: لهم، ثم ادعى بعد ذلك أن الميت أوصى له بثلثه، أو ادعى دينًا، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر متناقضًا فى الدعوى؛ لأنه لم يسبق قبل هذه الدعوى سوى الإقرار الأول أن هذه الدار متروك الميت؛ لأن ميراث الميت ما تركه الميت، والدين والوصية لا ينافى كونه متروك الميت؛ لأنهما إنما يقضيان من متروك الميت -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

الفصل التاسع
فى الغرور فى القسمة

يجب أن يعلم أن كل قسم يوجبها الحكم بأن كانت قسمة يجبر الآبى عليها، كالقسمة فى جنس واحد لا يثبت فيها حكم الغرور، وإن حصلت بتراضيهما، وكل قسمة لا يوجبها الحكم، بأن كانت قسمة لا يجبر الآبى عليها، يثبت فيها حكم الغرور، كالقسمة فى جنسين، أما فى كل قسمة يوجبها الحكم فإنما لا يثبت فيها حكم الغرور، إما لأن الحكم إذا كان يوجبها صار من حيث الحكم كأن القاضى ألزمها، أو لأن كل واحد منهما مضطر فى هذه القسمة، وإن حصلت بتراضيهما على ما مرّ فى مسألة الكتاب، وبالاضطرار ينتفى الغرور؛ لأن الغرور إنما يتحقق من المختار، ألا ترى أن الشفيع عند استحقاق الدار المشفوعة لا يرجع بقيمة ما بنى على المشترى؛ لأن المشترى لم يكن مختاراً فى الدفع إليه.

١٣٥٥٤-وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه، وعلقت منه، واستحقها لم يرجع بقيمة الولد على الابن، وطريقه ما قلنا، ولأن القسمة فيما عدا المكيل والموزون إذا كانت قسمة يوجبها الحكم إفرازاً لعين الحق من وجه، ومبايعة من وجه على ما مرّ فى صدر الكتاب، فباعتبار أنها مبايعة إن كان يثبت فيها حكم الغرور، فباعتبار أنها إفراز لا يثبت فيها حكم الغرور بالشك، بخلاف البيع المحض.

أما على المعنى الأول لأن البائع مختار فى البيع، وليس بمضطر فيه، وأما على المعنى الثانى فلأنه ليس فيه إفراز الحق بوجه من الوجوه إذا لم يكن للمشترى فيه حق، قبل البيع بوجه من الوجوه.

أما القسمة فبخلافه، وأما كل قسمة لا يوجبها الحكم فإنما يثبت فيها حكم الغرور؛ لأن كل واحد منهم غير مضطر فى هذه القسمة؛ لأن كل واحد متمكن من تمييز ملكه بقسمة كل جنس على حدة؛ ولأن كل واحد منهما غير موفّ بعين الحق حقيقةً، فلا إشكال، ولا حكمًا لأن ما وصل إليه ليست بمثل لما كان له؛ لأن الدار ليست بمثل

الأرض، والأرض ليست بمثل الدار حتى يجعل جميع وصول المثل إليه كوصول عين الحق، فإذا اقتسم الرجلان داراً بينهما بشراء، أو ميراث، وبنى أحدهما في قسمه الذي أخذ بناء، ثم استحق من نصيب الباني الموضع الذي فيه البناء، وردّ القسمة وأبطلها، لا يرجع على شريكه بشيء من قيمة البناء؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم.

وإن كان دارين بينهما، فاقتسماهما، وأخذ هذا داراً، وهذا داراً، وبنى أحدهما في داره التي أخذها، واستحقت تلك الدار، رجع على شريكه بنصف قيمة البناء، ذكر المسألة في الكتاب مطلقاً من غير ذكر خلاف، من مشايخنا رحمهم الله من قال: المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله، أما على قولهما رحمهما الله: هذه قسمة يوجبها الحكم، ولهذا يجبر الآبي عليها، فيثبت فيها حكم الغرور.

ومنهم من قال: هذا قولهم جميعاً؛ لأن هذه القسمة لا يوجبها الحكم لا محالة، عندهما إنما يوجبها الحكم إذا رأى القاضي الصلاح في أن يلحقها بالجنس الواحد، أما قبل رؤية القاضي ذلك فلا، والجواب في الأرضين كالجواب في الدارين.

١٣٥٥٥-ولو كانا خادمين، فاصطلحا على أن يأخذ هذا خادماً، وذلك خادماً، فعلقت إحدى الخادمين من الذي أصابها، ثم استحقها رجل، رجع على شريكه بنصف قيمة الولد، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله، وكذلك على قولهما على قول من يقول من المشايخ رحمهم الله: إن قسمة الرقيق قسمة جمع على قولهما موكول إلى رأي القاضي، وأما على قول من يقول من المشايخ رحمهم الله: إن الرقيق عندهما رحمهما الله يقسم قسمة جمع على كل حال لا يثبت حكم الغرور؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم لا محالة.

١٣٥٥٦-وإذا كان دار واحدة وأرض بيضاء بين ورثة، فاقتسموا بغير قضاء، وبنى أحدهما في قسمه[1] بناء، ثم استحق قسمه[2]، ونقض بناءه، وردّ القسمة، لا يرجع على شريكه بقيمة البناء، كذا ذكر في بعض نسخ كتاب القسمة، وهو محمول على ما إذا

---

(١) هكذا في "ظا" وكان في الأصل: "قسمة".

(٢) هكذا في "ظا" وكان في الأصل: "قسمة".

اقتسما الدار على حدة، والأرض على حدة، فتكون هذه قسمة يوجبها الحكم.

وذكر في بعض النسخ أنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء، وهو محمول على ما إذا اقتسما فأخذ أحدهما الدار، وأخذ الآخر الأرض، فيكون هذه قسمة لا يوجبها الحكم.

١٣٥٥٧-وإذا كانت الدار بين قوم، فقسمها القاضي بينهم، وجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة، وأجبرهم على ذلك، وبنى أحدهم في الدار الذي أصابه بناء، ثم استحقت هذه الدار، وهدم بناءه، لا يرجع على شركاءه بالقيمة، أما عندهما رحمهما الله: فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم عندهما رحمهما الله متى رأى القاضي الصلاح فيها، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلأن القاضي لما قسمها قسمة جمع، فقد حصل قضاءه في فضل مجتهد فيه، فالتحقت الدور بالدار الواحدة عندهم جميعًا.

وفي "المنتقى" هشام عن محمد رحمهما الله: دار بين رجلين، جاء رجل إلى أحدهما، وقال: وكلني شريكك أن أقاسمك، فلم يصدقه، ولم يكذبه، فقاسمه، ثم بنى فيما صار له بناء -يعني الشريك الحاضر- ثم جاء الشريك الغائب، وأنكر أن يكون وكله بذلك، قال: يرجع صاحب البناء على الوكيل بقيمة البناء إن شاء؛ لأنه غره -والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب-.

الفصل العاشر
في القسمة يستحق منها شيء

١٣٥٥٨-قال في "الأصل" : وإذا وقعت القسمة بين الشركاء في دار أو أرض، ثم استحق شيء منها، فالمسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يستحق جزء شائع من الكل، بأن استحق نصف كل الدار أو ثلث كل الدار، أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه القسمة فاسدة، واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله في تعليل المسألة، بعضهم قالوا: إنما فسدت لحق المستحق؛ لأنها لو لم تفسد يحتاج المستحق إلى قسمة ما في يد كل واحد منهما، فيتفرق عليه نصيبه في الموضعين.

وبعضهم قالوا: إنما فسدت القسمة لأنها لا تفيد فائدتها؛ لأن فائدة القسمة إفراز الأنصباء، ولما ظهر لما شريك ثالث في النصيبين ظهر أن الإفراز لم يحصل؛ لأن نصيب الثالث في النصيبين جميعًا.

الوجه الثاني: إذا استحق جزء بعينه مما أصاب واحدًا منهم، وفي هذا الوجه القسمة صحيحة فيما بقي بعد الاستحقاق، وكان للمستحق عليه الخيار، إن شاء نقض القسمة، وعاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة، وإن شاء أمضى القسمة ورجع على صاحبه بعوض المستحق، وإنما بقيت القسمة على الصحة لأن ما هو المقصود من القسمة وهو الإفراز حاصل ههنا فيما وراء المستحق؛ لأن ما وراء المستحق لهما ليس لثالث فيه نصيب، ألا ترى أن هذا المستحق لو كان حاضرًا وقت القسمة، واقتسم الباقي صح إلا أن المستحق عليه بالخيار؛ لأنه تعيّب نصيبه؛ لأن الباقي لا يشترى بمثل ما كان يشترى مع المستحق، فإن نقض القسمة عاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة، ويستأنفان القسمة فيما وراء المستحق، وإن أجاز القسمة رجع على صاحبه بعوض المستحق، وذلك ربع ما في يد صاحبه مثلا إن كان المستحق نصف نصيب المستحق عليه؛ لأنا نعتبر استحقاق البعض باستحقاق الكل، ولو استحق كل نصيب أحدهما رجع على صاحبه بنصف ما في يده؛ لأن الذي أصاب المستحق عليه بالقسمة نصفه كان له، ونصفه اشتراه من صاحبه بما ترك

على صاحبه بما أصابه، فما كان ملكًا له لا يرجع به على أحد وما اشتراه رجع على صاحبيه بحصته، وذلك نصف ما في يد صاحبه، فإذا فإذا كان عقد استحقاق الكل، يرجع بنصف ما في يد صاحبه، فعند استحقاق النصف يرجع بربع ما في يد صاحبه، وعلى هذا القياس -فافهم-.

الوجه الثالث: إذا استحق جزء شائع مما أصاب واحدًا منهم، وفي هذا الوجه القسمة لاتفسد عند أبي حنيفة رحمه الله، والمستحق عليه بالخيار على نحو ما بينّا، فإن أجاز القسمة وكان المستحق نصف نصيبه مثلا، رجع على صاحبه بربع ما في يده، وقال أبو يوسف: تفسد القسمة ويستأنفان القسمة، وقول محمد رحمه الله مضطرب في نسخ أبي حفص مع أبي حنيفة رحمهما الله، وفي نسخ أبي سليمان مع قول أبي يوسف رحمهما الله، وهكذا أثبته الحاكم في "المختصر"، والأول أصح، فقد روى ابن سماعة رحمه الله وابن رستم رحمه الله قول محمد رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن المقصود من القسمة الإفراز، ولهذه القسمة إن حصل إفراز نصيب غير المستحق عليه، لم يحصل إفراز نصيب المستحق عليه، فتفسد القسمة، كما لو استخرج جزء شائع من جملة الدار.

وجه قولهما: إن هذه قسمة أفادت مقصودها؛ لأن المقصود من هذه القسمة امتياز نصيب كل واحد من متقاسمين، وانقطاع الشركة بينهما، وبهذه القسمة امتاز نصيب كل واحد منهما من نصيب صاحبه إلا أنه ظهر لأحدهما شريك في نصيبه، ومثل هذه الشركة لو طرأت بعد القسمة لايوجب زوال الإفراز الحاصل بالقسمة الأولى، فإن كرى حنطة بين اثنين اقتسماها، وأخذ كل واحد كرا، فجاء آخر، وخلط بكر أحدهما كر حنطة، فإن القسمة الأولى تبقى على حالها، فإذا فات الإفراز لم يمنع ثبوته.

ولو كان باع أحدهما نصف ما أصاب بالقسمة، ثم استحق ما بقي له، فإنه يرجع على صاحبه ربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولايخير، بخلاف ما قبل البيع حيث يخير؛ لأن قبل البيع قادر على رد ما بقي بعد الاستحقاق، وبعد البيع عجز عن ردّ ما وراء المستحق، فلهذا سقط خياره، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فالقسمة فاسدة لو كان ما وراء المستحق في يد المستحق عليه، كان عليه رد نصفه بحكم

الفساد، وقد عجز بالبيع عن رده؛ لأن البيع قد صحّ؛ لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد مملوك للقابض، فيرد قيمة نصف ما باع، وذلك قيمة ربع نصيبه على صاحبه، وكان نصيب صاحبه بينهما، وسلم لصاحبه نصيب المستحق عليه لما أخذ منه قيمة ربع نصيبه، وسلم للمستحق عليه أيضًا ربع نصيبه.

وفى كتاب الشروط جعل المسألة على ثلاثة أوجه أيضًا، لكن لم يذكر ثمّة ما إذا استحق جزء شائع من كل الدار، وذكر مكانه ما إذا استحق جميع نصيب أحدهما، وذكر أن القسمة باطلة، ويقسم الباقى، وهو الذى لم يستحق بينهما إن كان قائمًا فى يد الآخر لم يبعه، وإن كان باعه فالبيع ماض؛ لأن نصف ما باع قد تمّ ملكه، ونصفه عوض عما ترك لصاحبه، وتبين أن ذلك كان مستحقًا، وبدل المستحق مملوك، فالبيع صادف ملكه، وعليه أن يرد على المستحق عليه نصف قيمة ما باع، وذكر ما إذا استحق جزء بعينه من نصف أحدهما، وأجاب أن القسمة باطلة فى الكل، بخلاف ما كتبنا فى المتن صح، وذكر ما إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهما، وذكر فى المسألة خلافًا على ما كتبنا فى المتن، على قول أبى حنيفة رحمه الله لاتنتقض القسمة، ولكن يخير المستحق عليه، إن شاء نقض القسمة، وضمّ ما بقى فى يده إلى ما فى يد الآخر إن كان الآخر لم يبع ما أصابه، ويقسمان ذلك بينهما، وإن كان الآخر باع نصيبه بضم المستحق عليه ما بقى فى يده إلى قيمة ما كان فى يد الآخر، فيقسمانه نصفين.

١٣٥٥٩-وفى "المنتقى" إبراهيم رحمه الله عن محمد رحمه الله: عليه ثلاثة إخوة ورثوا دورا ثلاث [فقسموا بينهم على أن يأخذ][1] كل واحد منهم دارًا، ثم استحق نصف دار أحدهم، قال أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: وهو قولنا: المستحق عليه بالخيار إن شاء نقض القسم كلها، واستقبلوها، وإن شاء أمسك النصف ورجع عليهما بقدر ما استحق من يده، وإن كانت دار واحدة اقتسموها أثلاثًا، ثم استحق قضيت نصف نصيب أحدهم، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: هذا والأول سواء، وقال أبو يوسف: ينتقض القسمة، ولا خير للمستحق عليه، ويستوى فيه القسم بحكم وبغير حكم.

١٣٥٦٠-وإذا كانت مائة شاة بين رجلين نصفين، فاقتسما فأخذ أحدهما أربعين

---

(١) هكذ فى الأصل، وكان فى بقية النسخ: "ورثوا دورًا ثلاثة أخذ كل واحد".

منها تساوى خمس مئة درهم، وأخذ الآخر ستين تساوى خمس مائة، فاستحق شاة من الأربعين تساوى عشرة، فإنه يرجع على صاحبه بخمسة دراهم فى الستين شاة فى قولهم، وتكون القسمة جائزة عندهم، ولا يخيّر المستحق عليه، أما القسمة جائزة فلأن المستحق شيء بعينه، وأما لا يخير المستحق عليه لأن الباقى لم يصر مصيبًا باستحقاق ما استحق، وأما الرجوع بخمسة دراهم لأن المستحق بشاة تساوى عشرة دراهم، نصفها ملكًا له، فلا يرجع ه على أحد، ونصفها قد اشتراه من صاحبه، وذلك خمس دراهم - والله أعلم بالصواب- .

الفصل الحادى عشر
فى دعوى الغلط فى القسمة

١٣٥٦١-يجب أن يعلم بأن دعوى الغلط فى القسم نوعان : دعوى الغلط فى التقويم ، ودعوى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة ، فأما دعوى الغلط فى القيمة : فهو نوعان أيضًا : نوع يصح ، ونوع لا يصح ، فالذى لا يصح أن يدعى أحد المتقاسمين الغلط فى التقويم بغبن يسير بأن كان ما يدعى من اغلط يدخل تحت تقويم المتقومين ، فهذا الدعوى لا يصح ، ولو أقام البينة عليه لا تسمع بينته حصلت القسمة بقضاء القاضى أو بتراضيهم لوجهين : أحدهما : أن الاحتراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن ، والثانى : أن يؤدى إلى ما لا يتناهى ؛ لأنه يمكنه أن يدعى مثل ذلك فى القسمة الثانية والثالثة ، والذى يصح أن يدعى أحد المتقاسمين فى الغلط فى التقويم بغبن فاحش بأن كان ما يدعى من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وأنه صحيح إن حصلت القسمة بقضاء القاضى ؛ لأنا لو سمعنا هذه الدعوى ونقضنا هذه القسمة ، لا يؤدى إلى ما لا يتناهى ؛ لأنه لا يقع مثل هذا الغبن فى القسم الثانية ؛ لأنه يتصور التقويم فى المرة الثالثة على وجه لا يتحقق فيها الغبن الفاحش .

وإن حصلت القسمة بالتراضى لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب ، وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله أنه كان يقول لقائل : أن لا يقول لا يسمع هذه الدعوى ؛ لأن القسمة فى معنى البيع ، ودعوى الغبن فى البيع من المالك لا يصح ؛ لأنه لا فائد فيه ، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش ، أما البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش ، كبيع الأب والوصى .

ولقائل أن يقول : تسمع تلك الدعوى ؛ لأن المعادل شرط فى القسمة ، والتعديل فى الأشياء المتفاوتة تكون من حيث القيمة ، فإذا ظهر فى القيمة غبن فاحش ، فما هو شرط جواز القسمة فات[1] ، فيجب نقضها ، فكان الدعوى مفيد من هذا الوجه ، فيصح ،

(١) وفى الأصل : "فاتٍ" .

والصدر الشهيد حسام الدين رحم الله كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني، وذكر القاضي الإمام الإسبيجابي رحمه الله في "شرح أدب القاضي": أن دعوى الغبن بعد القسمة غير صحيح إذا كانت القسمة بالتراضي، قال: وبعض المشايخ قالوا: يسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي.

وذكر في "شرح الإسبيجابي" دقيقة في هذا الفصل: فقال: وهذا كله إذا لم يقر كل واحد منهما بالاستيفاء، فأما إذا أقر بذلك لا يسمع دعوى الغلط، والغبن من واحد منهما بعد ذلك إنما يسمع دعوى الغصب، وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة: فنوعان أيضًا: نوع يوجب التحالف، ونوع لا يوجب التحالف، فالذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطًا في المقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، كمائة شاة بين رجلين اقتسما، ثم قال أحدهما لصاحبه: قبضت خمسة وخمسين غلطًا، وأنا ما قبضت إلا خمسة وأربعين، وقال الآخر: ما قبضت شيئًا غلطًا، وإنما اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسين، ولك خمسة وأربعين، ولم يقسم لواحد منهما بينة، فهذا هو صورة دعوى الغلط في القسمة من غير دعوى الغصب، وهذا لأن غصب أحد العاقدين المعقود عليه من العاقد الآخر لا يتصور قبل قبض العاقد الآخر إياه منه، فإن البائع إذا منع المبيع من المشتري بعد نقد الثمن، لا يصير غاصبًا حتى لو هلك فإنما يهلك بالثمن، كما قبل المنع، وإنما وجب التحالف لأن القسم بمعنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في المقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائمًا، فكذا في القسمة يتحالفان إذا كان المقسوم قائمًا بعينه.

هذا كله إذا لم يسبق منهم إقرار باستيفاء الحق، فأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب، والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، بأن قال في المسألة: الشاة قسمنا بالسوية، وأخذنا، ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطًا، وقال الآخر: ما أخذتُ شيئًا من نصيبك غلطًا، ولكن اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسين، ولك خمسة وأربعين، ولا بينة لواحد منهما، فإنهما لا يتحالفان، ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط.

وإن اختلفا فى الحاصل فى مقدار الواجب بالقسمة، كما فى المسألة الأولى، فإنه يوجب التحالف، وذلك لأن بهذا الاعتبار إن كان يجب التحالف، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف، كما فى سائر المواضع، والتحالف أمر عُرف بخلاف القياس، فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب، ولأنهما تصادقا غبى تمام القسمة، وصحتها، وأحد الاعتبارين يوجب الفسخ بالتحالف، والآخر يمتنع، فلا يفسخ بالشك،

١٣٥٦٢-قال محمد رحمه الله : إذا اقتسم القوم أرضًا أو دارًا بينهم، وقبض كل واحد منهم حقه من ذلك، ثم ادعى أحدهما غلطًا، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال فى ذلك : لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما ادعى، فإذا أقام البينة أعيدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفى كل ذى حق حقه، وكان يجب أن لا تعاد القسمة؛ لأن وضع المسألة أن كل واحد قبض حقه، ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب، وفى دعوى الغصب يقضى للمدعى بما قامت البينة عليه، ولا تعاد القسمة.

والجواب : عن هذا أن يقال : إن محمّدًا رحمه الله ذكر إعادة القسم عند إقامة المدعى البينة على دعوى الغلط، ولم يبين كيفية الدعوى، فيحمل دعواه على وجه يجب إعادة القسمة عند إقامة البينة، وبيان ذلك الوجه أن يقول مدعى الغلط لصاحبه، قسمنا الدار بيننا بالسوية على أن يكون لى ألف ذراع، ولك ألف ذراع، وقبضنا ثم إنك أخذت مائة ذراع من نصيبى من مكان بعينه غلطًا، ويقول الآخر : لا، بل كانت القسمة على أن يكون لى ألف ومائة ذراع، ولك تسع مائة ذراع، فيشهد الشهود أن القسمة كانت بالسوية، ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعى، فيثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية، وفى يد أحدهما زيادة، ولا يدرى أن حق المدعى فى أى جانب، فتجب الإعادة ليستويا، وتكون هذه الشهادة مسموعة، وإن لم يشهدوا بالغصب؛ لأن مدعى الغلط فى هذا الوجه يدعى شيئين : القسمة بالسوية وغصب مائة ذراع، والشهود شهدوا بأحدهما، وهو القسمة بالسوية.

وإن لم يكن للمدعى بينة على ما ادعى يحلف المدعى عليه الغلط، ولايتحالفان؛ لأن المدعى بدعوى الغلط ههنا ادعى الغصب والتحالف لايجرى فى مثل هذا، فإن حلف المدعى عليه، ثم لم يثبت الغلط، والقسمة ماضية على حالها، وإن نكل ثبت

الغلط، فتعاد القسمة، كما فى فصل البينة.

قال: وكذلك كل قسمة فى غنم أو ابل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل أو الموزون ادعى فيه أحدهم غلطًا بعد القسمة والقبض، فهو على مثل ذلك، ولم يرد لهذه التسوية التسوية بين جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى فى حق جميع الأحكام، وإنما أراد بها التسوية فى حق بعض الأحكام، وهو أن لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى، ألا ترى أن فى المكيل والموزون إذا أقام مدعى الغلط البينة على ما ادعى، لا تعاد القسمة، بل يقسم الباقى على قدر حقهما، وفى الغنم والبقر والثياب والأشياء التى تتفاوت يجب إعادة القسمة، كما فى مسألة الدار، وهذا لأن قسمة الباقى على قدر حقهما فى الغنم وأشباهه يوجب زيادة ضرر بالمدعى، عسى لجواز أن يكون ما أخذ من نصيبه غلطًا كله جياد، أو فى قسم الباقى لا تصل إليه الجياد، فتعاد القسمة نفيا للضرر عند المدعى، كما فى مسألة الدار، فإن فى مسألة الدار إنما تجب قسمة الباقى على قدر حقهما نفيا للضرر عن المدعى.

لأنا لو قسمنا الباقى على قدر حقهما ربما يقع له بالقسمة الثانية مائة ذراع فى جانب لايتصل بنصيبه، وكان فى الأصل القسمة متصا بنصيبه، فتجب إعاد القسمة نفيا لضرر عن المدعى، أما فى المكيل والموزون متى قسمنا الباقى على مقدار حقهما لا يتضرر به المدعى، فوجب قسمة الباقى على قدر حقوقهما، ولم تجب إعادة القسمة ثانى لهذا.

١٣٥٦٣-وإذا اقتسم رجلان دارين، فأخذ أحدهما دارًا والآخر دارًا، ثم ادعى أحدهما لنفسه كذا كذا ذراعًا من الدار التى فى يد صاحبه فضلا فى قسمه، فإن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قالا: تقضى له بذلك، ولا تعاد القسمة، وليست كالدار الواحدة فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله؛ يريد به أن فى الدار الواحدة متى ادعى أحدهما أذرعا مسماة فى نصيب صاحبه، فإنه تعاد القسمة، وأما على قياس قول أبى حنيفة: فالدعوى فاسدة، سواء كان الدعوى فى دار واحدة، أو فى دارين، ومعنى هذه المسألة أن أحد المتقاسمين، أو ادّعى على صاحبه أنه شرط له كذا كذا ذراعًا من نصيبه فى القسمة، وإنما كانت القسمة فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن الذى شرط زيادة أذرع من نصيبه لصاحبه صار بائعًا لذلك من صاحبه، وبيع كذا أذرع من الدار لا يجوز

عند أبى حنيفة رحمه الله، عُرف ذلك فى كتاب البيوع، فلا تجوز القسمة، وإذا ثبت فساد الدعوى عند أبى حنيفة رحمه الله تجب إعادة القسمة دفعا للفساد، وعندهما بيع كذا أذرع من الدار جائز، فتجوز القسمة.

ثم إنهما فرقا بين الدارين وبين الدار الواحدة، فقالا: فى الدارين لا تعاد القسمة، وقالا: فى الدار الواحدة تعاد القسمة، وكان يجب أن لا تعاد القسمة فى الدار الواحدة أيضًا، ويقضى للمدعى بذلك القدر من نصيب المدعى عليه، كما فى الدارين؛ ولأن الإعادة لنفى الضرر عن المدعى كيلا يتفرق نصيبه، ولا وجه إليه؛ لأنه إن ادعى عشرة أذرع بعينه، فلا ضرر عليه متى قضى له بذلك؛ لأنه هكذا استحق بأصل القيمة، وإن ادّعى عشرة أذرع شائعًا، فكذلك لأنه لما شرط لنفسه عشرة ذرع فى نصيب صاحبه شائعًا مع علمه أنه ربما يفرق نصيبه متى قسم نصيب صاحبه مرة أخرى، صار راضيًا بالتفرق، وإنما أوجب الإعادة فى الدار الواحدة؛ لأن المسألة محمولة على أنه ادعى أن صاحبه شرط له عشرة أذرع من نصيبه، قال: ولا أدرى كيف شرط لى عشرة بعينها متصل بنصيبى، أو شائع فى جميع نصيب صاحبه، وشهد الشهود له بعشرة مطلقة، ومتى كانت الحالة هذه لا يثبت الرضا من المدعى بالتفرق؛ لأنه على تقدير أن يكون المشروط عشرة بعينها متصلة بنصيبه لا يكون راضيًا بالتفرّق، فإذا لم يعلم القاضى كيف كان الشرط، يبنى القضاء على ما هو المستحق لكل واحد منهما فى الدار الواحدة بالقسمة، وهو أن يكون نصيب كل واحدة منهما مجتمعًا فى مكان واحد، بخلاف الدارين.

فإن الدارين وإن حملنا المسألة على أن المدعى قال: لا أدرى كيف شرط لى العشرة لاتعاد القسمة؛ لأن بإعادة القسمة فى الدارين لا يزول ما كان يلحقه من زيادة ضرر، بأن كان شرط لنفسه عشرة أذرع من مكان بعينه متصل بداره؛ لأنه ربما لا يقع له فى القسمة الثانية عشرة أذرع متصلا بداره، فلا يفيد إعادة القسمة، فيقضى له بعشرة أذرع شائع، كما شهد به الشهود.

١٣٥٦٤-وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب، فأخذ أحدهما أربعة، وأخذ الآخر ستة، فادعى آخذ الأربعة ثوب بعينه من الستة أنه أصابه فى قسمه، وأقام على ذلك بينة، فإنه يقضى له بذلك، سواء أقرّ بقبض ما ادعى من الزيادة أو لم يقر، وإن لم يقم له بينة

ذكر فى الكتاب أن صاحبه يستحلف، ولم يوجب التحالف، فهذا محمول على ما إذا أقر بقبض ما ادعى، ثم ادعى أن صاحبه أخذ ذلك منه غلطًا، فيكون مدعيًا الغصب على صاحبه، وفى مثل هذا لايجب التحالف، فإن ادعى آخذ الأربعة ثوبًا بعينه من الستة أنه أصابه فى قسمه، وأقام الآخر بينة أنه أصابه فى قسمه، قضى ببينة صاحب الأربعة، لأنه خارج فيه.

قال: والإشهاد على القسمة لا يمنع دعوى الزيادة على صاحبه، بخلاف الإشهاد على الاستيفاء، والفرق أن الإشهاد على القسمة لا يتضمن إقرارًا بقبض جميع الحق، كمباشرة القسمة، بخلاف الإقرار بالاستيفاء؛ لأن الاستيفاء عبارة عن قبض جميع الحق، والإقرار بالاستيفاء إقرار بقبض جميع الحق، فيصير متناقضًا بعد ذلك أنه لم يقبض بعض حقه.

١٣٥٦٥-فى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله: دار رجلين، قسمها القاضى بينهما، فقال أحدهما لصاحبه: الذى فى يدى هو الذى أصابك، والذى فى يدك لى، وقال الآخر: لا، بل الذى فى يدى هو الذى أصابنى، قال: لكل واحد ما فى يده، ولا يصدّق على صاحبه.

وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجلان بينهما داران ميراثًا من أبيهم، قال كل واحد منهما لصاحبه: لك هذه الدار، ولى الأخرى على أن كل واحد منهم مائة أذرع، فإذا أحدهما مائة وذراع، فلهما أن يبطلا القسمة.

ولو قال كل واحد منهما لصاحبه: بعتك نصيبى من هذه الدار بنصيبك من الدار الأخرى على أن كل واحد منهما مائة ذراع، فإذا أحدهما مائة ذراع أو أكثر جاز؛ لأن هذا بيع، والأول قسمة -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

الفصل الثانى عشر
فى المهايأة

١٣٥٦٦-يجب أن يعلم بأن المهايأة قسمة المنافع، وأنها جائزة فى الأعيان المشتركة التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء، ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الأصل، وإنها قد تكون بالزمان، وقد تكون بالمكان، وتكلم العلماء فى كيفية جوازها، بعضهم قالوا: إن جرت المهايأة فى الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتًا يسيرًا، كما فى الثياب والأراضى يعتبر إفرازًا من وجه، مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر لآخر عليها.

وإن جرت فى الجنس المختلف، كالدور والعبيد، يعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لايجوز من غير رضاهما، وهذا لما ذكرنا أن المهايأة قسمة المنافع، فيعتبر بقسمة الأعيان، وقسم العين اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الجنس المختلف، واعتبرت مبادلة من وجه إفرازًا من وجه فى الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتًا يسيرًا، كالثياب حتى لا ينفرد أحدهما بهذه القسمة؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، ولكن إذا طلب أحدهم أجبر الآخر عليه؛ لأن التفاوت يسير، فكذا فى قسمة المنافع.

وبعضهم قالوا: بأن المهايأة فى الجنس الواحد من الأعيان المتفاوت تفاوتًا يسيرًا يعتبر إفرار من وجه عارية من وجه، كأنّ ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه، وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه، ولاتعتبر مبادلة بوجه ما.

حجة هذا القائل: إن المهايأة جائزة فى الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت فى الجنس الواحد؛ لأنه حينئذٍ يكون مبادلة المنفعة بجنسها، فإنه يحرم ربا النَسَاء؛ ولأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، ولو كانت مبادلة من وجه لم جازت من غير ذكر بيان المدة، والأول أصح؛ لأن العارية ما يكون بغير عوض؛ لأن كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه فى نوبة صاحبه إنما يترك بشرط

أن يترك صاحبه نصيبه عليه فى نوبته، وإنما لم يحرم النَسَاء؛ لأن القياس أن لايحرم النَسَاء بأحد وصفى علة ربا النقد؛ لأن الدين مع العين يستويان فى العدد إلا أن للعين فضلا من حيث الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجود منه، إلا أن الفضل من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفى علة الربا، وهو القدر مع الجنس، فلأن لا يحرم عند وجود أحد وصفى علة الربا أولى، إلا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهو القدر أو الجنس بالنص، بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهايأة إفراز من وجه مبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس.

وقوله: بأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر سنبين الوجه فيه بعد ذلك -إن شاء الله تعالى-.

وقوله: بأن المهايأة يجوز من غير بيان المدة، قلنا: إنما جازت لأنها قسمة المنافع، فتكون معتبرة بقسم العين، ثم قسمة العين جائزة من غير بيان المدة، فكذا قسمة المنفعة.

١٣٥٦٧-قال أبو حنيفة رحمه الله: دار بين رجلين، تهايئا على أن يسكن هذا منزلا معلومًا وهذا منزلا معلومًا، وعلى أن يؤاجر كل واحد منهم منزله، ويأكل غلته، فهو جائز، كذا ذكر فى بعض الروايات، وذكر فى بعضها، أو على أن يؤاجر كل واحد منهما منزله، فعلى الرواية الأولى هذه مهايأة فى السكنى والاستغلال جميعًا من حيث المكان، وبيان أنهما إذا تهايئا فى السكنى ولم يشترطا الإجازة أن كل واحد منهما لا يملك إجازة منزله؛ إذ لو ملك كل واحد منهما ذلك، لم يكن لاشتراط الإجارة مع السكنى معنى، وإلى هذا ذهب أبو على الشاشى رحمه الله، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله يقول: ظاهر المذهب أن كل واحد منهما يملك إجارة منزله، وإن لم يشترط الإجازة وقت المهايأة، وعلى الرواية الثانى تكون هذه مهايأة.

أما فى السكنى أو فى الاستغلال من حيث المكان وبيان أن المهايأة فى الاستغلال تجوز حالة الانفراد مقصودًا، كما تجوز تبعًا للمهايأة فى السكنى، وإنما ملك كل واحد منهما إجارة منزله من غير الشرط فى ظاهر المذهب على ما ذكره شمس الأئمة رحمه الله؛ لأن المهايأة قسمة المنفعة، فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقًا له باعتبار

قديم ملكه؛ لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون، وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له، لا من جهة غيره شرط ذلك أو لم يشترط، ولهما أن يقسما العين، ويبطلا المهايأة إذا بدا لهما أو لأحدهما؛ لأن الأصل فيما هو المقصود وهو تميز الملك قسمة العين، والمهايأة خلف عنه، ألا ترى أن فى الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين، وطلب الآخر من القضى المهايأة، فالقاضى لا يهايئ بينهما، فكذا فى الانتهاء إذا طلب أحدهما قسمة العين لايستدام المهايأة.

وذكر محمد رحمه الله فى باب المهايأة فى الحيوان: ولكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا هو ظاهر الرواية، وقال شمس الأئمة الحلوانى: إنما يكون لأحدهما نقض المهايأة إذا قال: أريد بيع نصيبى من الدار، أو قال: أريد أن يقسم العين حتى يتمير نصيب كل واحد منا، فأما إذا قال: افسخ المهايأة لتعود المنافع مشتركة بيننا كما كانت، فالقاضى لا يجيبه إلى ذلك.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه ليس لكل واحد منهما نقض المهايأة من غير رضا صاحبه إل عند إرادة القسمة، وكان شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله مال إلى هذه الرواية، قال شيخ الإسلام رحمه الله: وإنما يكون لأحدهما النقض بعذر، وبغير عذر على ظاهر الرواية إذا حصلت المهايأة بتراضيهما، أما إذا حصلت بحكم الحاكم، ليس لأحدهما أن ينقض ما لم يصطلحا على النقض؛ لأنها إذا حصلت بحكم الحاكم لو نقضناها بنقض أحدهما احتجنا إلى إعادة مثلها ثانيًا، فأما إذا حصلت بتراضيهما لو نقضناها لا يحتاج إلى إعادة مثلها ثانيًا، وإنما يحتاج إلى ما هو أعدل من هذه القسمة، وهى القسمة بقضاء القاضى.

وليس لواحد منهما أن يحدث فى منزله بناء أو ينقضه أو يفتح بابًا؛ لأن العين بعد المهايأة باقى على الشركة، وكذلك لو تهايئا على أن يكون السفل فى يد أحدهما، والعلو فى يد الآخر، فهو جائز على ما بيّنّا، هذا إذا تهايئا فى دار واحدة من حيث المكان، وأما إذا تهايئا فيها من حيث الزمان، ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الصلح: أنه يجوز، سواء تهائيا فى السكنى، أو فى الاستغلال، أو فيهما، وذكر محمد رحمه الله فى الرقيات: أنه لا يجوز زمانًا ويجوز مكانًا، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنما اختلف الجواب

لاختلاف الموضوع، وضع المسألة فى كتاب الصلح : أنهما فعلا ذلك بتراضيهما، وموضع ما ذكر فى كتاب الرقيات : أن أحدهم طلب المهايأة من القاضى زمانًا، وأبى الآخر، فالقاضى لا يجبره عليها، ومن المشايخ رحمهم الله ممن قال على رواية الرقيات : وإن فعلا ذلك بأنفسهما وتراضيهما لا يجوز، فصار فى المسألة روايان، وأما فى الدارين إذا تهايئا على أن يسكن أحدهما هذه الدار، والآخر الدار الأخرى، ويؤاجر كل واحد منهما ما فى يده، فهذه القسمة جائزة، سواء كانا فى مصر واحد، أو فى مصرين؛ لأن قسمة العين على هذا الوجه بالتراضى جائزة، فكذا قسمة المنفعة.

١٣٥٦٨-ولو طلب أحدهما المهايأة من القاضى بهذه الصفة، وأبى الآخر، فالقاضى لا يجبر الآبى عليها عند أى حنيفة رحمه الله، هكذا ذكر الكرخى رحمه الله فى كتابه، وإليه مال شيخ الإسلام رحمه الله؛ لأن قسمة الجبر لاتجرى فى عين الدور، وبهذه الصفة عند أبى حنيفة رحمه الله، فكذا المهايأة، وذكر شمس الأئمة الحلوانى وشمس الأئمة السرخسى رحمهما الله أن القاضى يجبر الآبى على هذه القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله أيضًا، بخلاف قسمة العين على قوله.

والفرق أن القسمة فى المهايأة تلاقى المنفعة دون العين، ومنفعة السكنى تتقارب، ولاتتفاوت إلا يسيرًا، فكانت المهايأة إفرازًا لا مبادلة، فجاز أن يجرى الجبر عليها، بخلاف قسمة العين، فالقسمة هناك تلاقى العين والمالية والدور فى المالية تختلف، فكانت القسمة مبادلة، فلا يجرى الجبر عليها، فإن أغلّت إحدى الدارين، ولم يغل الدار الأخرى، فليس للذى لم يغل داره أن يشارك الآخر فى غلة داره؛ لأن الذى أغلّت داره إنما آجر داره لنفسه بإذن شريكه، ولو آجرها لنفسه بغير إذن شريكه كانت الغلة له، فكذا إذا آجرها إذن شريكه، ويكون الغلة طيبًا له؛ لأن الإجارة حصلت بإذن الشريك، وفى الدار الواحدة إذا تهايئا على الاستغلال زمانًا فأغلّت فى نوبة أحدهما أكثر، فالزيادة والفضل بينهما؛ لأن معنى الإفراز والقسمة فى الدارين أرجح على معنى أن كل واحد منهما يصل إلى المنفعة.

والغلة فى الوقت الذى يصل إليها صاحبه، فما يستوفيه كل واحد منهما عوض من قديم ملكه استوجبه تعقده، فيسلم له، وفى الدار الواحدة إذا تهايئا فى الاستغلال زمانًا،

فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قضية للقسمة، فيجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى إجارة نصيب صاحبه، وما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضًا عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه، والمعاوضة تقتضى التساوى، فعند التفاضل يثت التراجع فيما بينهما ليستويا.

١٣٥٦٩-وإذا آجر كل واحد منهما الدار التى فى يديه، وأراد أحدهما أن ينقض المهايأة، ويقسم رقبة الدار فله ذلك، وهذا إذا مضى مدة الإجارة، فأما إذا لم تمض فليس للآخر نقض المهايأة صيانة لحق المستأجر، والمهايأة فى النخل والشجر على أكل الغلة باطلة؛ لأن غلة النحل والشجرة عين تبقى عد الحدوث، وإنما جوّزنا المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود، أو ما يكو ما يكون عوضًا عنه، كغلة الدار ونحوه، ولهذا لا يجوز المهايأة فى الغنم على الأولاد والألبان والأصواف؛ لأنه يتأتى فيها القسم بعد الوجود حقيقةً.

١٣٥٧٠-وإذا تهايئا فى استخدام عبد واحد على أن يستخدم العبد هذا شهرًا ويستخدمه هذا شهرًا، فالتهايؤ جائز، وكذلك إذا تهايئا فى استخدام العبدين، تهايئا على أن يستخدم هذا هذا العبد شهرًا، ويستخدم هذا هذا العبد شهرًا، فهو جائز، أما فى العبد الواحد فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم، ألا ترى لو طلب أحدهما المهايأة على هذا الوجه، وأبى الآخر، يجبر الآبى عليها، ويجوز بتراضيهما ما لا يوجبها الحكم، فلأن يجوز ما يوجبه الحكم أولى، ولأن التفاوت بين النصيبين إنما يتمكن من وجه واحد من حيث إن نصيب أحدهما نقد، ونصيب الآخر نسيئة، أما لم يتمكن التفاوت فى مقدار الخدمة؛ لأن البادى منهما إنما يستخدم العبد فى نوبته بحكم الملك، فلا يبالغ فى الاستخدام على وجه يضعفه؛ لأنه يضر بالعبد المشترك، فالخدمة فى الشهر الأول لا تضعفه عن الخدمة فى الشهر الثانى.

وإذا كان التفاوت من وجه واحد، كان يسيرًا، فلا يمنع اعتبار معنى الإفراز، فكان إفرازًا من وجه، مبادلة من وجه، فلا يحرم النَسَاء بسبب الجنس، وهذا بخلاف ما لو وقع التهايؤ فى العبد الواحد على الاستغلال تهايئا على أن يؤاجره هذا شهرًا، ويأكل غلته ويؤاجره هذا شهرًا آخر، ويأكل غلته، حيث لا يجوز بلا خلاف؛ لأن التفاوت بين

النصيبين هناك يتمكن من وجهين، من حيث النقد والنسيئة، ومن حيث مقدار الغلة؛ لأن البادى من المستأجرين يستخدم العبد بحكم الإجار، فيبالغ فى الاستخدام، فيضعف، فلا يستجره المستأجر الثانى، وقد ضعف بمثل ما استأجره الأول، وإذا وقع التفاوت من وجهين، كان فاحشًا، ومتى فحش التفاوت لا تعتبر القسمة إفرازًا، بل يعتبر مبادلة من كل وجه، كما فى قسمة العين فى الجنس المختلف إذا فحش، وإذا اعتبر مبادلة من كل وجه كان هذا مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها، وأحدها نسيئة، فيكون ربا، فلا يجوز وإن تراضيا عليه.

وأما فى العبدين فإنما جاز التهايؤ على الاستخدام لأن قسمة العين على هذا الوجه بتراضيهما جائزة عند الكل، وإن كانت لا تجوز من غير تراضٍ عند أبى حنيفة رحمه الله، فكذا قسمة المنفعة على هذا الوجه؛ ولأن العبدين إذا استويا فى النظر والمنظر، لايتفاوتان فى الخدمة إلا يسيرًا، فلا يمنع ذلك اعتبار معنى الإفراز، فتكون المهايأة فى خدمتهما إفرازًا من وجه، فلايحرم النَسَاء بسبب الجنس، لما بينّا أن حرمة النَسَاء بسبب الجنس يختص بالمبادلات من كل وجه.

ولو تهايئا فى العبدين على الاستغلال تهايئا على أن يؤاجر هذا هذا العبد شهرًا، فيأكل غلته، ويؤاجر هذا العبد الآخر شهرًا، فيأكل غلته، لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وجاز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، هما يقولان: العبدان إذا استويا فى النظر والمنظر والحرفة لا يتفاوتان فى الغلة إلا يسيرًا، فلا يمنع ذلك وقوع الإفراز، والتقريب ما ذكرنا فى فصل الاستخدام، ولأبى حنيفة رحمه الله: أن التفاوت فى العبدين فى الاستغلال تفاوت فاحش، فإنا نرى عبدين يستويان فى النظر والمنظر، ويستأجر أحدهما بأكثر مما يستأجر به الآخر لزيادة حرافة فى أحدهما، فيعتبر المهايأة فيها مبادلة من كل وجه، فيحرم النَسَاء بسبب الجنس، وإن تراضيا عليه، بخلاف ما لو تراضيا على قسمة العين على هذا الوجه، حيث يجوز وإن كانت مبادلة؛ لأن هناك لا يتحقق الربا، وليس كالدارين حيث يجوز التهايؤ على استغلالهما مع فحش التفاوت عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن التفاوت ثمّة باعتبار معنى الدارية.

فأما باعتبار الأرض فالتفاوت يسير بين الأرض والأرض، ولهذا كانت قسمة

الأرضين إفراز من وجه، مبادلة من وجه، فيمكن اعتبار معنى الإفراز فى هذه المهايأة باعتبار معنى الأرض، ومهما أمكن اعتبار معنى الإفراز لا يثبت حرمة النَسَاء بسبب الجنس، فأما ليس فى العبد شيئان يكون التفاوت باعتبار أحدهما فاحشًا، وباعتبار الآخر يسيرًا، إنما هو شيء واحد خلق فى الأصل على التفاوت تفاوتًا فاحشًا، فتعتبر المهايأة فيه مبادلة من كل وجه.

١٣٥٧١-فى "المنتقى": جاريتان بين رجلين لهما لبن تهايئا على أن ترضع هذه ابن هذا سنتين، وترضع هذه ابن هذا سنتين، كان جائزًا، قال: ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل والغنم، علّل فقال: لأن ألبان بنى آدم لا قيمة لها، وألبان هذه الأشياء لها قيمة.

١٣٥٧٢-وإذا تهايئا فى الدابتين ركوبًا أو استغلالا تهايئا على أن يركب هذا هذه الدابة شهرًا، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرًا، أو تهايئا على أن يؤاجر هذا هذه الدابة شهرًا، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرًا، فهذا جائز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز، والكلام فى التهايؤ فى استغلال الدابتين نظير الكلام فى التهايؤ فى استغلال العبدين، وقد مرّ هذا.

بقى الكلام فى التهايؤ فى الركوب، فوجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن التفاوت فى الركوب تفاوت فاحش، ولهذا لو استأجر دابة للركوب، ولم يبين الراكب لا يجوز، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه، فيتمكن الربا؛ لأنه مقابلة منفعة بمنفعة من جنسها.

ولهما: أن التفاوت من وجه واحد، وهو الراكب، لا من حيث النقد والنسيئة، فكان يسيرًا، فتعتبر المهايأة إفرازًا من وجه، فلا يتمكن الربا، وأما فى الدابة الواحدة لا يجوز التهايؤ استغلالا، بلا خلاف، وهل يجوز[١] التهايؤ ركوبًا لا شك أن على قول أبى حنيفة رحمه الله لايجوز، وأما على قولهما رحمهما الله، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه لا يجوز؛ لأن التفاوت تمكن من وجهين، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: أنه يجوز.

١٣٥٧٣-وإذا تهايئا فى مملوكين استخدامًا، فمات أحدهما، أو أبق انتقضت المهايأة؛ لأن كل واحد منهما إنما رضى بسلامة الخدمة للآخر بشرط أن يسلم له خدمة

---

(١) هكذا فى بقى النسخ، وكان فى الأصل: "فلا يجوز" مكان "وهل يجوز".

الذي في يديه، ولم يسلم، ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة أيام نقص الآخر من شهره ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا استخدمه الشهر وزيادة ثلاثة أيام، فإنه لا يزاد الآخر ثلاث أيام؛ لأنا لو زدناها بحكم الإتلاف لا بحكم العقد؛ لأن المهايأة لم تتناول ما زاد الشهر، والمنافع لا تضمن بالإتلاف من غير عقد، فأما إذا انقضت ثلاثة أيام، فلو نقضنها نقضناها بحكم العقد؛ لأنه فات بعض المعقود عليه قبل القبض في مدة العقد، فلا يسلم الآخر ما[1] بإزاءه من البدل بحكم العقد.

ولو أبق أحدهما الشهر كله، فاستخدم الآخر الشهر كله، فلا ضمان، ولا أجر، وكان يجب أن يضمن نصف أجر الميل؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه، والمبادلة من كل وجه لا تنفسخ بهلاك أحد العوضين قبل القبض، بل يفسد، ولهذا قالوا: من استأجر دارًا بعبد، وقبض الدار، ولم يُسلّم العبد حتى هلك العبد، ثم سكن الدار، كان عليه أجر المثل؛ لأن بهلاك العبد فسد العقد، ولم ينفسخ، فصار مستوفيًا سكنى الدار بحكم عقد فاسد، والجواب: المهايأة مبادلة من وجه، إفراز من وجه، فباعتبار المبادلة إن كان تتقوم المنافع فباعتبار الإفراز لا يتقوّم، فلا يتقوم بالشك.

١٣٥٧٤-ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم، فلا ضمان عليه؛ لأنه عطب من عمل مأذون فيه، وكذلك المنزل لو انهدم من سكنى من شرط له، فلا ضمان؛ لما قلنا.

١٣٥٧٥-وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه، فلا ضمان؛ لأن هذا من جملة السكنى، ألا ترى أن المستأجر والمستعير يملكان ذلك، والسكنى مأذون فيه.

١٣٥٧٦-وكذلك لو توضأ فيها فزلق رجل بوضوءه، أو وضع فيه شيء، فعثر به إنسان، فلا ضمان، ولو بنى فيها بناءً أو احتفر بئرًا فيها، ضمن بقدر ما كان ملك صاحبه، حتى إنه إن كان ملك صاحبه الثلث ضمن الثلث، وعندهما يضمن النصف على كل حال، فقد جعله جانيًا بالحفر وبالبناء في نصيب صاحبه، وإن كان مأذونًا بالسكنى فيه.

ومن أصحابنا رحمهم الله من قال: هذا الجواب غلط في البناء؛ لأن البناء ليس إلا

(١) وفي الأصل: "وما بإزاءه" مكان "ما بإزاءه".

وضع الآجرّ والطين واللبن بعضه على بعض، ولو وضع جميع ذلك فى الدار لا على وجه البناء، لم يضمن، كذا هنا.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: فإن كان ما قال هؤلاء حقًا: يجب أن يكون الجواب فى المستأجر هكذا إذا بنى فيها شيئًا، فعطب بها إنسان لايضمن، كما لو وضع فيه شىء، قال رحمه الله: والرواية هنا بخلاف قولهم، والرواية هنا رواية فى فصل الإجارة أنه كان مضمونه عليه.

١٣٥٧٧-أمة بين رجلين، فخاف كل واحد منهما صاحبه عليها، فقال أحدهما: يكون عندك يومًا، وعندى يومًا، وقال الآخر: بل نضعها على يدى عدل، فإنى أجعلها عند كل واحد منهما يومًا ولا أضعها على يد عدل، قال مشايخنا رحمهم الله: ويحتاط فى باب الفروج فى جميع المواضع نحو العتق فى الجوارى، والطلاق فى النساء فى فصول الشهاد وغير ذلك إلا فى هذا الموضع، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه، وهو نظير ما أخبر القاضى أن فلانًا يأتى جواريه فى غير المأتى، ويستعملهن فى الغناء، ويطأ زوجته فى حالة الحيض، وأمته من غير استبراء، لا يكون للقاضى عليه سبيل لحشمة ملكه، كذا هنا، فإن تشاحّا فى البداية فالقاضى يبدأ بأيهما شاء، وإن شاء أقرع، قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: والأولى أن يقرع بينهما تطييبًا لقلوبهما، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله.

١٣٥٧٨-عبد وأمة بين رجلين، فتهايئا فيهما على أن تخدم الأمة أحدهما، ويخدم العبد الآخر على أن على كل واحد منهما طعام الخادم الذى شرط له فى المهايأة، فاعلم بأن هنا ثلاث مسائل: فى كل مسألة قياس واستحسان، إحداهما: أنهما إذا سكتا عن ذكر الطعام فى القياس يجب طعام العبد والأمة عليهما نصفان، وفى الاستحسان يجب على كل واحد طعام الخادم الذى شرط له فى المهايأة، وفى الكسوة إن سكتا عن ذكرها يجب كسوة العبد والأمة عليهما نصفان، قياسًا واستحسانًا.

والثانية: إذا شرطا فى المهايأة أن يكون على كل واحد منهما طعام الخادم الذى شرط له فى المهايأة، ولم يقدّر الطعام، القياس أن لا تجوز، وفى الاستحسان: يجوز، وفى الكسوة إذا لم يتبينا المقدار لم يجز قياسًا واستحسانًا.

والثالث: إذا بيّنا مقدار الطعام، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز، وكذلك في الكسوة إذا شرطا شيئًا معلومًا لا يجوز قياسًا، ويجوز استحسانًا.

١٣٥٧٩-والمهايأة رعي الدواب جائزة عندنا، وكذلك لو تهايئا على أن يستأجرا لها أجيرًا جاز، والمهايأة في دار وأرض على أن يسكن هذه الدار ويزرع هذا الأرض جائزة، وكذلك المهايأة في دار وحمام، والمهايأة في دار ومملوك على أن يسكن هذه الدار سنة، ويخدم هذا المملوك سنة جائزة، وعلى الغلة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما -والله أعلم الصواب-.

الفصل الثالث عشر
في المتفرقات

١٣٥٨٠-يجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجرًا، ولكن المستحب أن لا يأخذ، وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفرض عليه، جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبهًا بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي، ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث إنها ليست قضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنه تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ الأجر عليها، وقال أبو حنيفة رحمه الله: أجر قاسم الدور والأرضين على عدد الرؤوس، وقالا: على قدر الأنصباء.

وصورته: دار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، ولآخر سدسها، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن عمل القسام واقع لهم بالسوية؛ لأن عمل القسام[١] تصيين نصيب كل واحد منهم، ولا يمكنه ذلك إلا بمساحة الكل، فهو معنى قولنا: عمل القسام واقع لهم بالسوية، فيكون الأجر عليهم بالسوية.

وهما يقولان: عمل القسام في نصيب صاحب الكثير أكثر؛ لأنه عمله المساحة والذرع، وأنه يكثر بكثرة المحل، قالوا: وهذا إذا طلبوا من القاضي القسمة بينهم، فقسم بينهم قاسم القاضي، فأما إذا استأجروا رجلا بأنفسهم، فإن الأجرة عليهم بالسوية، وهل يرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بالزيادة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وقالا: يرجع.

وكذلك إذا وكلوا رجلا ليستأجر رجلا يقسم بينهم، فاستأجر الوكيل، فإن الأجرة على الوكيل، واختلفوا في الرجوع، قال أبو حنيفة رحمه الله: يرجع عليهم بالأجرة على السواء، وقالا: يرجع على كل واحد منهم بقدر الملك.

---

(١) وفي الأصل: "القاسم".

١٣٥٨١-وإذا استأجر ليبنى حائطًا مشتركًا، أو يطين سطحًا مشتركًا، أو يكرى نهرًا، أو يصلح قناة، فالأجر بينهم على قدر الأنصباء بالإجماع، وإذا استأجروا رجلا لكيل طعام مشترك، أو لذرع ثوب مشترك، إن كان الاستئجار للقسمة فهو على الخلاف الذى بينا، وإن كان الاستئجار على نفس الكيل والذرع ليصير المكيل والثوب معلوم القدر، فالأجر على قدر الأنصباء.

١٣٥٨٢-وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد: فى أكرار حنطة بين رجلين، فأجر الكيّال على الأنصباء، وأجر الحسّاب على الرؤوس، قال: ما كان من عمل فهو على الأنصباء، وما كان من حسّاب، فهو على الرؤوس فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى قولنا: على الأنصباء.

١٣٥٨٣-وإذا طلب أحد الشريكين القسمة وأبى الآخر، فأمر القاضى قاسمه ليقسم بينهما، روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله: أن الأجرة على الطالب؛ لأن القسمة واقعة للطالب، وعلى الآبى، لأن الطالب إنما يطلب القسمة عادة لمنفعة له فيها، والممتنع إنما يمتنع عنها عادة لضرر يخافه، وقال أبو يوسف رحمهم الله: الأجر عليهما.

فى "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله قاسم قسم دارًا بين اثنين، وأعطى أحدهما أكثر من الآخر غلطًا، وبنى بعضهم فى نصيبه، قال: يستقبلون القسمة، فمن وقع بناءه فى قسم غيره رفع بناءه، ولا يرجعون على القاسم بقيمة البناء، ولكن يرجعون عليه بالأجر الذى أخذ.

١٣٥٨٤-وفيه أيضًا: هشام عن محمد رحمه الله: أرض بين رجلين، بناها أحدهما، فقال الآخر للبانى: ارفع بناءك عنها، قال: يقسم الأرض بينهما، فما وقع من البناء فى نصيب غيره يرفع، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح كتاب القسمة فى أجرة أحد الشريكين: إذا بنى فى أرض مشتركة بغير إذن شريكه، فلشريكه أن ينقض بناءه؛ لأن له ولاية النقض فى نصيبه، والتميز غير ممكن.

١٣٥٨٥-وفيه أيضًا: عبدان بين رجلين، غاب أحد الرجلين، فجاء أجنبىّ إلى الشريك الحاضر، وقال: قاسمنى هذين العبدين على فلان الغائب، فإنه سيجيز قسمتى، فقاسمه الحاضر وأخذ الحاضر عبدًا، وأخذ الأجنبى عبدًا، ثم قدم الغائب،

وأجاز القسمة، ثم مات العبد في يد الأجنبي، فالقسمة جائزة، وقبض الأجنبي له جائز، ولا ضمان عليه فيه، وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة، وللغائب نصف العبد الباقي، وهو بالخيار في تضمين حصته من العبد الميت، إن شاء ضمن الذي مات في يده، وإن شاء ضمن شريكه، وأيهما ضمن لا يرجع على الآخر بما ضمن.

قال في "نوادر ابن رستم رحمهما الله": في المتقاسمين إذا ميّزا نصيب أحدهما بالقسم، وفيه شجر أغصانها مظلة على قسم الآخر، فله أن يطالبه بقطع الأغصان، رواه عن محمد رحمه الله، وروى ابن سماعة رحمهما الله عنه: أنه ليس له ذلك؛ لأن الذي أصابه الشجر استحق الشجرة بجميع أغصانها.

١٣٥٨٦-قال في "الأصل": وإذا أصاب الرجل في القسمة ساحة لا بناء فيها، وأصاب الآخر البناء، فأراد صاحب الساحة أن يبني ساحته، ويرفع بناءه، فقال صاحب البناء: إنك تسدّ عليّ الريح أو الشمس، فلا أدعك ترفع بناءك، فلصاحب الساحة أن يرفع بناءه ما بدا له، وليس لصاحب البناء أن يمنعه من ذلك، وقال نصير بن يحيى وأبو القاسم الصفار رحمهم الله: لصاحب البناء أن يمنعه من ذلك.

والوجه لظاهر الرواية: إن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء، فصاحب الحائط إذا سدّ الهواء بالبناء، فإنما منعه من الانتفاع بملكه، ولم يتلف عليه ملكًا ولا منفعة ملك، فلا يمنع من ذلك، وصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره أراد قلعها، لا يمنع منه، وإن كان فيه ضرر للجار؛ لأن صاحب الشجر بالقلع يمنعه عن الانتفاع بملك نفسه، وتصير هذه المسألة رواية في فصل لا رواية لها في الكتب.

وصورتها: دو خانه است، يكى يك را گنبد، ويكى را دو، زن نيست به روى بام خانه ديگر، خداوند خانه ديگر مى خواهد تا خانه خويش را دو شنبه كند اين، خدا وند طاقچها باز مى دارد مى گويد طاقچها من بسته مى شود، هل له أن يمنعه؟ ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة؛ لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذى سقفين يمنع صاحب الطاقجات عن الانتفاع بهواء ملك نفسه، كما في هذه المسألة.

وقد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في "فتاويه الصغرى": إن كان البيتان في القديم بسقف واحد، فلصاحب الطاقجات أن يمنعه من ذلك، وإن كانا في القديم بسقفين،

فليس له أن يمنعه، قال محمد رحمه الله : وحد القديم أن لايحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان، فجعل أقصى الوقت يحفظه الناس حد القديم، ويبنى عليه الأمر، فعلى ما ذكره الصدر الشهيد يحتاج إلى الفرق بين المسألتين، والفرق أن فى مسألة البيتين الذى يريد البناء يمنع صاحبه عن الضوء، والضوء من الحوائج الأصلية، وفى مسألتنا يمنعه عن الشمس والريح، وذلك من الحوائج الزائدة، وكذلك لصاحب الساحة أن يتخذ فيها حمامًا، أو تنورًا أو بالوعة أو بئر ماء؛ لأنه يتصرف فى خالص ملكه، وينتفع به انتفاع مثله، وإن يوهن بئره حائط جاره، لا يجبر على تحويله، ولا يضمن ما سقط من حائط جاره، وكذلك لو أراد أن يجعل فيها رحى أو حدادًا لو قصارًا، فليس لصاحبه منعه.

وحكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة لدور، فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورًا للخبز الدائم، أو رحى للطحن، أو مدقة للقصارين، لم يجز؛ لأنه يضر بجيرانه ضررًا فاحشًا، وإن أراد أن يعمل فى داره تنورًا صغيرًا على ما جرت به العادة جاز، وكان أبو عبد الله الضميرى رحمه الله إذا استفتى عمن أراد أن يبنى فى ملكه تنورًا للخبز فى وسط البزازين، تارةً كان يفتى بأن له ذلك، وتارةً كان يفتى بأنه ليس له ذلك.

والحاصل أن فى هذ المسائل وفى أجناسها: أن القياس أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه فى الحكم، وإن كان يؤدى الإلحاق الضرر بالغير، لكن ترك القياس فى موضع يتعدّى ضرر تصرفه إلى غيره ضررًا بينا، وقيل بالمنع، وبه أخذ كثير من مشايخنا رحمه الله، وعليه الفتوى.

١٣٥٨٧-إذا كانت الدار فى سكة غير نافذة، مات صاحب الدار، وتركها ميراثًا لورثته، فاقتسم ورثته فيما بينهم على أن يفتح كل واحد منهم فى نصيبه بابًا إلى السكة، كان لهم ذلك، وإن أبى أهل السكة ذلك؛ لأن الورثة قائمون مقام الميت، والميت لو كان حيًا كان له أن يفتح بابًا آخر إلى السكة، وأن يكسر جميع الحائط الذى يلى السكة؛ لأنه يكسر جدرا هو خالص ملكه، ويمر فى طريق هو طريق هذه الدار، فكذا ورثته.

١٣٥٨٨-وإذا كانت مقصورة بين ورثة بابها فى دار مشتركة ليس لأهل المقصورة فيها إلا طريقهم، فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابًا فى نصيبه فى هذه

الدار، فإنه ينظر إن كان الطريق المرفوع للمقصورة ملازقًا لحائط المقصورة طولا حتى يحصل فتح كل واحد منهم بابًا فى نصيبه إلى الطريق المقصورة فى الدار، كان لهم ذلك، وإن لم يكن طريق المقصور ملازقًا لحائط المقصورة طولا، بل كان بحذاء باب المقصورة طولا إلى الباب الأعظم من الدار، لا يكون لهم ذلك؛ لأنهم بفتح الباب إلى الطريق لايأخذون أكثر من [الأعظم][1] حقهم من الدر التى فيها طريق المقصور، أما فتح الباب إلى ناحية أخرى من الدار سوى طريق المقصورة يأخذون أكثر من حقهم.

توضيحه: إن لهم طريقًا واحدًا فى موضع معلوم من عرصة الدار، وهم يريدون أن يجعلوا جميع العرصة ممرًا، فيمنعون من ذلك، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: معنى قوله فى الكتاب فى هذه الصورة: إنهم يمنعون من ذلك أنهم يمنعون من التطرق فى غير الموضع المعروف طريقًا لهم فى صحن الدار، أما لا يمنعون عن نفس فتح الباب؛ لأنهم يتصرفون فى خالص ملكهم، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله: لا، بل يمنعون عن فتح الباب؛ لأنهم لو فتحوا، فإذا تقادم العهد ربما يدعون أن لهم طريقًا فى صحن الدار، ويستدلون على ذلك بالباب المركب، فلهذا يمنعون عن فتح الباب.

فإن كان لصاحب المقصورة دارًا أخرى إلى جنب هذه المقصورة بابها إلى سكة أخرى فمات، فصارت المقصورة والدار ميراثًا بين ورثته، فوقعت المقصورة فى قسم أحدهم، والدار فى قسم آخر، وحائط الدار لزيق طريق المقصورة، فأراد صاحب الدار أن يفتح طريقًا إلى طريق المقصورة حتى يمر، ويتطرق فيه إلى الدار، منع منه، فأما إذا كان المالك للمقصورة والدار واحدًا، بأن كان الذى أصابه المقصورة اشترى الدار من الذى أصابه الدار، أو كان الوارث للمقصورة والدار واحدًا، فأراد أن يفتح باب لهذه الدار إلى طريق المقصورة، ليس له ذلك، نص عليه فى كتاب الشرب، وهذ لأنه متى فتح بابًا إلى طريق المقصورة صار طريق المقصورة طريقًا للدار، وفى ذلك ضرر فى الثانى على الشركاء فى طريق المقصورة، فإنه إذا بيع هذه الدار بحقوقها يدخل هذا الطريق فى بيع الدار، فيزدا شريك آخر فى هذا الطريق بعد ما لم يكن، وفيه ضرر على أصحاب

(١) هكذا فى الأصل.

الطريق، فأما إذا كان المالك للمقصورة، والدار واحدًا، وأراد أن يفتح بابًا من الدار إلى هذه المقصورة حتى يتطرق فى الدار من طريق المقصورة، فإنه لا يمنع من ذلك إذا كان هو الساكن فى الدار والمقصورة جميعًا.

وإن كان الساكن فى الدار غير الساكن فى المقصور، بأن آجر الدار من غيره وترك المقصورة لنفسه، فأراد أن يفتح للدار باب فى المقصورة حتى يمرّ المستأجر فى طريق المقصورة إلى المقصورة، ثم يمرّ إلى الدار، يمنع عنه؛ لأنه يريد أن يريد فى طريق المقصورة شريك فى الحال.

وإن كان آجر الدار والمقصورة جميعًا من رجل، ثم أراد أن يفتح للدار بابًا فى المقصورة، لا يمنع؛ لأن الساكن فى هذه الصور واحد، وهو المستأجر؛ لأنه يبقى للآجر حق المرور، فلا يزداد الشريك فى طريق المقصورة.

١٣٥٨٩-دار بين رجلين اقتسما بينهما وفيها طريق لغيرهما، فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما عن القسمة، ليس له ذلك؛ لأن الطريق إن كان محدودًا، فهما إنما يقتسمان ما وراء ذلك، وذلك حقهما على الخصوص، وإن لم يكن مقداره معلومًا يترك للطريق قدر عرض الباب العظمى إلى باب منزل صاحب الطريق، ويقسمان ما وراء ذلك، ولا حق لصاحب الطريق فيما وراء ذلك.

ولو أراد بعضهم قسمة هذا الطريق، وأبى البعض، لا يقسم؛ لأن هذه القسمة تتضمن تفويت منفعة الطريق وهو التطرق، فإن باعوا[١] هذه الدار وهذا الطريق برضاهم، فالثمن يقسم بينهم أثلاثًا، ثلثاه لصاحبى الطريق، وثلثه لصاحب الممر، يريد به حصة الطريق من الثمن؛ لأنه بدل الطريق، والطريق بينهم أثلاثًا إذا لم يعلم مقدار الأنصباء فيه، فيكون ثمنه بينهم أثلاثًا أيضًا، هكذا ذكر فى "الأصل".

وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان رقبة الطريق مشتركًا بينهم، فأما إذا كان رقبة الطريق مشتركًا بين الشريكين، ولصاحب الطريق حق المرور لا غير، كان أبو الحسن الكرخى رحمه الله يقول: الثمن لهما، وقد سقط حق صاحب الاختيار، لأنه حق لا يجوز الاعتياض عنه، ولهذا لا يجوز بيعه، فلما أذن فى البيع أسقط حقه، وهذا إشارة

(١) وفى الأصل وم: "وإن باعوا".

إلى الرواية التي لا تجوز فيها جمع حق المرور على الانفراد.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح هذا الكتاب أن الثمن بينهم أثلاثًا، وإن كان لصاحب الطريق حق المرور، قال: لأن حق المرور وإن كان منفعة حقيقةً فقد أعطى له حكم العين، ولذلك جاز بيعه، ولو كان عينًا على الحقيقة كن الثمن بينهما أثلاثًا، كذا هنا، وهذا إشارة إلى الرواية التي يجوز بيع حق المرور فيها بانفراده.

روى عن محمد رحمه الله في هذه الصورة: أن كل واحد من شريكي الطريق يضرب بحصته من البقعة وصاحب الطريق يضرب بحق الاستطراق، وطريق معرفة ذلك أن ينظر إلى قيمة البقعة ولا طريق فيها، وينظر إلى قيمتها وفيها طريق، فيضرب صاحب الطريق بفضل القيمة فيما بين ذلك، ويضرب كل واحد من شريكي الطريق بنصف قيمة البقعة إذا كان فيها طريق.

١٣٥٩٠-وإذا كانت الدار فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى، أراد أهل الدار قسمته ومنعهم أهل الطريق، فإنه يترك لهما طريق واحد، كما لو كان الحق لواحد؛ لأن الطريق إنما يرفع للمرور، والطريق الواحد يكفي لهما للمرور، وصار هذا وما لو كان حق المرور للواحد سواء -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

كتاب الإجارة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وثلاثين فصلا :

الفصل الأول : فى بيان الألفاظ التى تنعقد بها الإجارة، وفى بيان نوعها، وشرائطها، وحكمها، وما يصلح أجرة، وما لا يصلح .

الفصل الثانى : فى بيان أنه متى تجب الإجارة .

الفصل الثالث : فى الأوقات التى يقع عليها عقد الإجارة .

الفصل الرابع : فى تصرف المؤجر فى الأجرة .

الفصل الخامس : فى الخيار فى الإجارة والشرط .

الفصل السادس : فى الإجار على أحد الشرطين، أو على الشرطين أو أكثر .

الفصل السابع : فى إجارة المستأجر .

الثامن : فى انعقاد الإجارة بغير لفظ، وفى الحكم ببقاء الإجارة، وانعقادها مع وجود ما ينفيها .

الفصل التاسع : فيما يكون الأجير مسلمًا مع الفراغ منه، وما لا يكون .

الفصل العاشر : فى إجارة الظئر .

الفصل الحادى عشر : فى الاستئجار للخدمة، ويتصل به إجارة الصبى والاستئجار له .

الفصل الثانى عشر : فى صفة تسليم الإجارة .

الفصل الثالث عشر : فى المسائل التى تتعلق برد المستأجر على المالك .

الفصل الرابع عشر : فى تجديد الإجارة بعد صحتها والزيادة .

الفصل الخامس عشر : فى بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز، وأنه يشتمل على

الفصل الأول

فى بيان الألفاظ التى تنعقد بها الإجارة وفى بيان أنواعها وشرائطها وحكمها

١٣٥٩١-فأما بيان لفظها، فنقول: الإجارة إنما تنعقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضى، نحو أن يقول أحدهما: آجرت، ويقول الآخر: قبلت، أو استأجرت، ولا تنعقد بلفظين أحدهما يعبّر به عن المستقبل، نحو أن يقول: آجرنى، فيقول الآخر: أجرت، وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة، فتعتبر ببيع العين، وفى بيع العين إنما ينعقد العقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضى، ولا ينعقد بلفظين يعبّر بأحدهما عن المستقبل، كذا هنا، وينعقد بلفظة العارية أيضًا، حتى إن من قال لغيره: أعرتك هذه الدار شهرًا بكذا، أو قال: كل شهر بكذا، وقبل المخاطب، كان ذلك إجارة صحيحة.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى كتاب الهبة فى باب العطية: العارية لا تنعقد بلفظ الإجارة حتى إن من قال لغيره: آجرتك دارى هذه بغير شىء، كان إجارة فاسدة لا عارية.

وفى باب العوض فى الهبة من "شرح الصدر الشهيد رحمه الله": إذا وهب منفعة الدار من آخر شهرًا بعشرة دراهم، أو أعاره شهرًا بعشرة دراهم، حكى أبو طاهر الدبّاس رحمه الله عن أبى حنيفة رضى الله عنه: أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة، وبعد استيفاء المنفعة يعتبر إجارة.

١٣٥٩٢-وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى "شرح كتاب الصلح": أن الإجارة تنعقد الهبة والصلح، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح كتاب الهبة انعقاد الإجارة بلفظة الهبة، وفى العطية من هبة، الأصل إذا قال: دارى هذه لك هبة إجارة كل شهر بدرهم، أو قال: إجارة هبة، فهى إجارة فى الوجهين، ولم يذكر فى الكتب أن هذه الإجارة هل تكون لازمة، وذكر الخصاف رحمه الله: أنها لا تكون لازمة حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع منها قبل القبض، ويكون لكل واحد منهما أن يفسخ قبل

القبض، وإذا سكنها يجب عليه أجر المثل.

١٣٥٩٣-وإذا قال لغيره: بعت منك منافع هذه الدار كل شهر بكذا أو قال: شهراً بكذا، ذكر فى "العيون": أن الإجارة فاسدة، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى "شرح كتاب الصلح": أن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وهذا لأن القياس يأبى جواز الإجارة؛ لأن محل حكم الإجارة المنفعة، وأنها معدومة، والمعدم لا يصلح محلا لحكم العقد، ولا لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع ورد بجوازها إذا باشر العقد على العين بلفظة الإجارة، أو باشر على المنفع بلفظة الإجارة، ولفظة الإجارة لا تختص بتمليك الأعيان، فكل لفظ لا يختص بتمليك الأعيان يُلحق بلفظ الإجارة، وكل لفظ يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بلفظ الإجارة، والبيع يختص بتمليك الأعيان، فلا يلحق به، والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الأعيان، فيلحق بها.

وعن هذا قلنا: إذا قال: آجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، وهبت لك منافع هذه الدار شهراً بكذا، ملكتك منافع هذه الدار شهراً بكذ يجوز، فبقى لفظ البيع على أصل القياس.

١٣٥٩٤-وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى "شرح كتاب الصلح" فى آخر باب الصلح فى العقار: إذا ادعى رجل شقصًا من دار فى يدى رجل، وصالحه المدعى عليه على سكنى بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين جاز، فلو آجره يعنى هذا البيت المصالح عليه من الذى صالحه عليه جاز عند أبى يوسف رحمه لله، خلافًا لمحمد رحمه الله، وهذا بناء على أن محمّدًا رحمه الله يعتبر هذا العقد إجارة، وليس للمستأجر أن يؤاجر من الآجر، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن المدعى ما ملك منفعة هذا البيت بعقد، بل ترك بعض حقه وقنع بالبعض، فإنما بقيت المنفعة على أصل ملكه، فيملك أن يؤاجر من كل أحد.

١٣٥٩٥-ولو باع المدعى هذا السكنى بيعًا من رجل لم يجز بعض مشايخنا رحمهم الله، قالوا: إنما لم يجز بيع السكنى لترك التوقيت، لا لأن الإجارة لا تنعقد بلفظة البيع، وقال بعضهم: لا يجوز بيع السكنى وإن كان موقتًا[1]؛ لأن الإجارة لاتنعقد

(١) هكذا فى الأصل وم، وفى ظ: "موقتًا".

بلفظ البيع .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : فصل بيع السكنى مشكل عندى ؛ لأن لفظ البيع يملك به الرقبة ، وملك الرقبة سبب لملك المنفعة ، فكان ينبغى أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازًا .

قال رحمه الله : والوجه فى ذلك أن المنفعة معدومة فى الحال ، وإيجادها ليس فى وسع البشر ، والمعدوم لا يصلح محلا لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع أقام العين الموجود ، وهو الدر المنتفع بها مقام المنفعة فى جواز إضافة الإجارة إليها .

إذا ثبت هذا ، فنقول : لفظ البيع إذا أضيف إلى الدار ، فهو صالح لتمليك عينها ، فلا يجعل مجازًا عن غيره ، وإن أضيف إلى المنفعة ، فالمنفعة معدومة ، والمعدوم لا يصلح لإضافة العقد إليه ، حتى لو قال الحر لغيره : بعتك نفسى شهرًا بكذا لعمل كذا ، فهو إجارة ؛ لأنه لا يصلح لتمليك عين الحر ، فيجعل مجازًا عن تمليك المنفعة ، هكذا ذكر محمد رحمه الله ، وجه التخريج وأنه مشكل عندى ؛ لأن علة عدم جواز البيع هنا لو كانت هى العدم ينبغى أن لا تنعقد الإجارة بلفظة الهبة والتمليك ، وبالإجماع ينعقد ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى شرح الحيل[1] : أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع ، وذكر ثمّة عن الكرخى رحمه الله : أنه كان يقول : الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع ، ثم رجع ، وقال : ينعقد .

١٣٥٩٦-وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمهما الله : إذا قال الرجل لغيره : أعطيتك هذا العبد لخدمتك سنة بكذا ، جاز .

١٣٥٩٧-وفيه أيضًا عن أبى يوسف رحمه الله : دفع إلى رجل ثوبًا ليبيعه على أن ما زاد على كذا فهو له ، قال : هذا على جهة الإجارة ، وهذا إجارة فاسدة لو ضاع الثوب من يده ضمن ، وتنعقد الإجارة بالتعاطى ، بيان فيما ذكر محمد رحمه الله فى إجارات "الأصل" فى باب إجارة الثياب : إذا استأجر قدورًا بغير أعيانها ، لايجوز ؛ لتفاوت بين القدور من حيث الصغر والكبر ، فإن جاء بقدور قبلها منه على الكراء الأول جاز ، ويكون هذه إجارة مبتدأ بالتعاطى .

(١) وفى الأصل : "فى شرح الخليل" .

وأما بيان أنواعها: فنقول: إنها نوعان: نوع يرد على منافع العيان، كاستئجار الدور والأراضى والدواب والثياب، وما أشبه ذلك، ونوع يرد على العمل، كاستئجار المحترفين للأعمال، نحو القصارة والخياط، وما أشبه ذلك.

وأما بيان شرائطها: فنقول: يجب أن تكون الأجرة معلومة، والعمل إن وردت الإجارة على العمل، والمنفعة إن وردت على الإجارة على المنفعة، وهذا لأن الأجرة معقود به، والعمل أو المنفعة معقود عليه، وإعلام المعقود عليه شرط تحرزًا عن المنازعة، كما فى باب البيع، وإعلام المنفعة ببيان الوقت، وهو الأجل، أو ببيان المسافة، وإعلام العمل ببيان محل العمل، وإعلام الأجرة إن كانت الأجرة دراهم أو دنانير ببيان القدر، وبيان الصفة أنه جيّد أو ردىء يقع على نقد البلد إن كان فى البلد نقد واحد، ويقع على نقد البلد الذى وقع فيه الإجارة حتى إن من استأجر دابة بالكوفة إلى الرى بدراهم، فعلى المستأجر نقد الكوفة، وإن كان فى البلد نقود مختلفة، فإن كانت النقود فى الرواج على السوء، ولا فضل للبعض على البعض، أى لا صرف للبعض على البعض، فالعقد جائز، ويعطى المستأجر أى النقود شاء، وإن كانت الأجرة مجهولة؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة.

وإن كانت النقود فى الرواج على السواء، وللبعض صرف على البعض، فالعقد فاسد؛ لأن هذه الجهالة تفضى إلى المنازع، وإن كان أحدهما أروج، فالعقد جائز، وينصرف إلى الأروج، وإن كان للآخر فضل عليه يحكم العرف.

١٣٥٩٨-وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا كانت الأجرة فلسًا، فغلى أو رخص قبل القبض، فللآخر الفلس لا غير، وإن كسد، فعليه قيمة المعقود عليه، وكذلك شىء مما يكال، أو يوزن مما ينقطع إذا كان استأجر بشىء منه، وحمل أجله قبل انقطاعه، فهو مثل الفلس، وإن كانت الأجرة مكيلا، أو موزونًا، أو عدديًا متقاربًا، فإعلامها ببيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج إليه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يحتاج إلى ذلك فى الأحوال كلها، والاختلاف فى هذا نظير الاختلاف فى السلم؛ لأن الأجرة دين لايجب تسليمها عقيب العقد، فصار نظير المسلم

فيه غير أن عندهما فى باب السلم يتعين موضع العقد للتسليم، وههنا لا يتعين، ولكن فى إجارة الأرض والدار سلم عند الأرض والدار المستأجرة، وفى العمل بيده حيث يوفيه العمل.

١٣٥٩٩-وفى "نوادر هشام": عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استأجر أرضًا بطعام إلى أجل، ولم يسم أين يقبض الطعام، قال: هو جائز فى قولَى أبى حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: وهذا بخلاف السلم فى قول أبى حنيفة رحمه الله.

١٣٦٠٠-وإذا كانت الأجرة عروضًا أو ثيابًا، يشترط فيه جميع شرائط السلم؛ لأن الأجرة نظير المسلم فيه على ما مرّ، فيشترط فيه جميع شرائط السلم.

توضيحه: أن وجوب الثياب دينًا فى الذمة عرف بالشرع بخلاف القياس، وإنما جاء الشرع به بطريق السلم فيه، فيشترط فيه جميع شرائط السلم، وفى هذا كله إذا كانت الأجرة عينًا، فإعلامه بالإشارة؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وإذا كانت الأجرة حيوانًا لا يجوز إلا إذا كان عينًا؛ لأن الحيوان لا يجب دينًا فى الذمة بدل عما هو مال، وإذا كانت الأجرة منفعة إن كانت من جنس المعقود عليه لايجوز عندنا، خلافًا للشافعى رحمه الله، وإن كانت من خلاف جنس المعقود عليه جاز بلا خلاف.

بيان الأول: إذا استأجر سكنى دار بسكنى دار، بيان الثانى إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة، والمسألة بيننا وبين الشافعى رحمه الله فرع مسألة أخرى، عرفت فى كتاب البيوع: أن الجنس فى المثمنين[1] يحرم النَسَاء عندنا، خلافًا للشافعى رحمه الله، حتى لو أسلم قوهيا فى قوهى لا تجوز عندنا، خلافًا للشافعى رحمه الله، وبيع المنفعة بمنفعة من جنسها بمنزلة بيع العين بجنسه نَسَاء؛ لأن النَسَاء من البدل ما لا يكون عينًا والمنفعة ليست بعين؛ لأنها معدومة، فكان نَسَاء، والجنسية فى المثمنين[2] يحرم النَسَاء، خلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النَسَاء فى الجنس المختلف ليس بحرام، كما فى بيع العين، حتى إنه لو أسلم قوهيا فى مروى جاز، فهنا كذلك.

فإن قيل: إذا اختلف الجنس إن كان لا يفسد هذا العقد من هذا الوجه، يفسد من

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "فى الثمنين".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "فى الثمنين".

وجه آخر؛ لأن المنفعة[1] دين من الجانبين، والدينية من الجانبين يوجب الفساد، وإن اختلف البدل؟

قلنا: كلا البدلين من حيث الحقيقةً إن لم يكن عينًا لأنها معدومة إلا أن التى لم يصحبها حرف الباء يعتبر عينًا حكمًا؛ لأنها معقود عليه، ولا بد لانعقاد عقد المعاوضة من قيام المعقود عليه حالة العقد إذا لم يكن سلمًا، وإذا كان كذلك أقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف الباء مقام المنفعة، فيكون عينًا، فلا ضرورة فيما صحبه حرف الباء؛ لأن ما صحبه حرف الباء، يجوز أن يكون غير عين، ولا ضرورة ههنا إلى أن يعتبر عينًا، فبقى غير عين حقيقةً وحكمًا، والآخر اعتبر عينًا حكمًا، فكان بمنزلة بيع العين نسا بخلاف جنسه.

١٣٦٠١-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": لا خير فى معاوضة الثيران بالثيران للأكداس؛ لأنها استبدال منفعة بمنفعة من جنسها، ثم إذا قوبلت المنفعة بمنفعة من جنسها حتى فسد العقد، واستوفى الآخر المنفعة كان عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا شىء عليه؛ لأن المنفعة إنما يتقوم إذا قوبلت بالمتقوم.

وجه ظاهر الرواية: أن لفظة الإجارة لفظة معاوضة، فصار كما لو استأجر دارًا، ولم يسمّ الأجر، وسكنه هناك يجب أجر المثل، فهنا كذلك، ولو كان عبد واحد بين اثنين، فتهايئا، فخدم أحدهم يومًا، ولم يخدم الآخر، فلا أجر.

١٣٦٠٢-وقال أبو الحسن رحمه الله فى "جامعه": إذا كان عبد واحد بين اثنين، آجر أحدهما نصيبه من صاحبه، ليخلط معه شهرًا على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهرًا، فإن هذا لايجوز فى العبد الواحد، وإنما يجور فى العملين المختلفين إذا كان فى عبدين.

وأما بيان حكم الإجارة: فنقول: حكم الإجارة وقوع الملك فى البدلين، كما فى بيع العين إلا أن الملك فى البدلين فى بيع العين يقع معًا، كما فرغا من العقد إلا لمانع، وفى الإجارة يقع الملك فى البدلين ساعة فساعة عندنا؛ لأن المعاوضة تقتضى التساوى؛ لأن الظاهر من حال العاقدين أن لا يرضيان بالتفاوت، والملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها، فكذا فى بدلها، وهو الأجرة، وهذا لأن حكم العقد يبنى على

(١) هكذا فى ظ، م وكان فى الأصل: "لأن العقد".

انعقاده، والعقد ينعقد على المنفعة شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها؛ لأن المنافع فيما يستقبل معدومة حالة العقد، وشرط انعقاد العقد فى حق الحكم إضافته إلى محل موجود، والأصل أن الشروط إذا تعذر اعتبارها إما أن يسقط اعتبارها، أو يقام غيرها مقامها، كما فى حق النائى عن الكعبة أقيمت جهة الكعبة مقام عين الكعبة، وكما فى حق عادم الماء أقيم التيمم مقام الماء، فكذا هنا أقيم محل المنفعة، وهو الدار مقام المنافع فى حق إضافة العقد إليها، ثم العقد فى المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها، وهذا كله مذهبنا، ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين، وهو الدرجة الأولى، وانعقاده فى حق الحكم، وهو الدرجة الثانية.

ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين، ولا يفيد الحكم فى الحال، وتفسير انعقاد العقد فى حق المتعاقدين أن يصير كلامهما سببًا ومهيأ، ومعدًّا للحكم فى الثانى، وكونه سببًا صفة الكلام، والكلام يفتقر إلى وجود المتعاقدين لا إلى المحل، وتفسير انعقاد العقد فى حق الحكم أن يعمل ذلك السبب المعد فى إثبات الحكم فى المحل، وثبوت الحكم فى المحل لا بد له من المحل، ومحل الحكم وهو المنافع معدومة فى الحال، فلأجل ذلك، قلنا: إن الإجارة فى الحال غير منعقدة فى حق الحكم، بل هى منعقدة فى حق المتعاقدين، وإنما تنعقد فى حق الحكم على حسب وجود المنفعة، ويصير العقد فى حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، والمنفعة غير، والمضاف غير.

ألا ترى أن من نذر، وقال: لله علىّ أن أتصدق بدرهم يكون ناذرًا فى الحال، ويلزمه ذلك.

١٣٦٠٣-ولو قال: لله علىّ أن أتصدق يوم الخميس بدرهم لا يكون ناذر فى الحال، ويكون مضيفًا للنذر إلى يوم الخميس، كذا ههنا العقد فى حق الحكم مضاف إلى وقت وجود المنفعة، وليس بمنفعة فى الحال أكثر ما فيه لأن الصيغة مرسلة، إلا أنها مرسلة صورة، أما مضافة معنى، وهذا لأن الآجر بعقد الإجارة يملك المنفعة؛ لأن الإجارة لتمليك المنفعة، وصار تقدير هذا العقد ملكتك منافع هذه الدار، والمنافع معدومة للحال، فكان العقد مضافًا إلى وقت وجود المنفعة، إذا ثبت هذا، فنقول: إضافة العقد إلى زمان يستدعى وجود المحل فى ذلك الزمان، أما لا يستدعى وجوده فى الحال إذا ثبت

أن الملك فى المنافع يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها، فكذا فى بدلها، وهو الأجرة تحقيقًا للتساوى بين المتعاقدين على ما مرّ.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٦٠٤-بيان ما يصلح أجرة، وما لا يصلح أن يكون ثمنًا فى البياعات، لا يصلح أجرة فى الإجارات إلا المنفعة، فإنها تصلح أجرة إذا اختلف الجنس، ولا يصلح ثمنًا، وإنما اعتبرنا الإجارة بالبيع؛ لأن الإجارة بيع كسائر البياعات إلا أن سائر البياعات يرد على العين، والإجارة يرد على المنفعة، وإنما وقع الفرق بينهما فى المنفعة؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكًا بنفس البيع إذا لم يكن فيه خيار، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد؛ لأنها معدومة، وأما الأجرة: فليس من شرطها أن تملك بنفس العقد، وكان الإجارة كالنكاح، فإن المنفعة تصلح مهرًا فى النكاح، إذ ليس من شرط المهر أن يملك بنفس العقد، فإن تسمية عبد الغير مهرًا صحيح.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضًا:

١٣٦٠٥-إذا أضاف العقد إلى وقت فى المستقبل بأن قال: أجرتك دارى هذه غدًا، أو ما أشبه، فإنه جائز، بناءً على الأصل الذى ذكرنا: أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فالعقد فى حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، فمبنى الإجارة فى حق الحكم على الإضافة، فكيف تكون الإضافة مانعة صحة الإجارة، فلو أراد نقضها قبل مجيء ذلك الوقت.

وعن محمد رحمه الله: فيه روايتان: فى رواية: قال: لا يصح النقض، وفى رواية: قال: يصح، وجه هذه الرواية أنه لم يثبت للمستأجر حق فى هذا العقد؛ لأن غير منعقد أصلا، ولهذا لا يملك الأجرة بالتعجيل فى هذه الإجارة، وجه الرواية الأولى إن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين إن لم ينعقد فى حق الحكم، فى هذه الإجارة، وجه الرواية الأولى أن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين إن لم ينعقد فى حق الحكم، فالأجر بالنقض يريد إبطال العقد المنعقد حقًا للمستأجر، فلا يقدر على ذلك، وعلى هذه الرواية

يملك الأجرة بالتعجيل فى هذه الإجارة.

وكذلك إذا آجر مكان البيع : فى رواية : ينفذ إجارته، ويبطل المضاف، وفى رواية : قال : لا ينفذ كما فى البيع، كذا ذكره الطحاوى.

١٣٦٠٦ -وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا قال لغيره : إذا جاء رأس الشهر، فقد أجرتك هذه الدار، يجوز، وإن كان فيه تعليق، وإذا قال : إذا جاء رأس الشهر، فقد فاسختك هذه الإجارة لا يجوز -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثانى
فى بيان أنه متى يجب الأجر

١٣٦٠٧-قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى رجل استأجر بيتًا شهرًا بدرهم، قال: كلما سكن يومًا، أخذ من الأجر بحساب ذلك، وكذلك الكراء إلى مكة، وكذلك فى إجارة الأرض.

يجب أن يعلم بأن الأجرة، لا تملك بنفس العقد، ولا يجب إيفاءها إلا بعد استيفاء المنفعة، إذ لم يشترط التعجيل فى الأجرة، سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع"، وفى كتاب التحرى: وبعضهم قالوا: ما ذكر فى الإجارات قول محمد رحمه الله أولا، وما ذكر فى "الجامع" والتحرى قوله الآخر، وهذا لما ذكرنا، أن الإجارة عقد معاوضة، فيوجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن ما لم يغير بالشرط، كما فى بيع العين.

ومتى قلنا: إنه يجب إيفاء الأجر، قبل استيفاء المنفعة، تزول المساواة، ويفضل المؤجر على المستاجر؛ لأن المؤجر يملك الأجرة بالقبض رقبةً وتصرّفًا، والمستأجر إن ملك المنفعة بقبض المستأجر تصرفًا لم يملك رقبة؛ لما ذكرنا أن وقوع الملك فى المنفعة يتأخر حال وجودها، فلهذا قلنا: إن إيفاء الأجر يتأخر إلى ما بعد استيفاء المنفعة، وإذا ثبت أن إيفاء الأجر إنما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا، فنقول: كان أبوحنيفة رحمه الله أولا يقول: لا يجب إيفاء شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة، سواء كانت الإجارة معقودة على المدة، كما فى إجارة الدار والعبيد، أو على قطع المسافة، كما فى كراء الدابة إلى مكان، أو على العمل، كما فى القصار والخياط والصباغ، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: إن وقعت الإجارة على المدة، كما فى إجارة الأرض والدواب والعبد، أو على قطع المسافة كاستئجار الحمال[1] والدابة، فإنه يجب إيفاء الأجر بحصته ما استوفى، إذا كان لما استوفى حصة معلومة من الأجر، ففى الدار فى أجر يوم فيقوم، وفى قطع

(١) هكذا فى الأصل: "الحمال" وكان فى ظ: "اكمال" وكان فى م: "الحمار".

المسافة إذا سار مرحلة مرحلة يجب عليه حصة ما استوفى .

قال القدورى رحمه الله : وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وفى الإجارة التى تنعقد على العمل ، ويبقى له أثر فى العين ، فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله .

وإن كان حصة ما استوفى من العمل معلوم إلا أن يكون يعمل الخياط والصباغ فى بيت صاحب المال ، حينئذٍ يكون الجواب فيه كالجواب فى الحمّال على قوله الآخر ، يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلوم من الأجر ، كما فى الحمّال .

فوجه قوله الأول : إنه ثبت من أصلنا أن إيفاء الأجر لا يجب إلا بعد استيفاء المنفعة ، والأصل أن إيفاء أحد البدلين فى العقد إذا كان لا يجب إلا بعد استيفاء البدل الأجر ، فإنه لا يجب إيفاء شيء منه إلا بعد وجود استيفاء جميع البدل ، كما فى باب البيع ، فإنه لما وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن ، لا يجب تسليم الشيء من المبيع قبل إبقاء جميع الثمن ، كذا ههنا ، وجه قوله الآخر : إن القياس فى باب البيع أن يجب على البائع تسليم المبيع بقدر ما استوفى من الثمن حتى يستويا فى ملك التصرف ؛ لأن المعاوضة تقتضى التساوى فى المسألتين جميعًا ، وقد استويا فى ملك الرقبة ، فيجب أن يستويا فى ملك التصرف ، إلا أنا تركنا هذا القياس فى بيع العين لما فيه من معنى الرهن ، وهو حبس المبيع بالثمن ، وحكم الرهن حبس الرهن بالدين ، ومن حكم الرهن أن لا يجب على المرتهن تسليم شيء من الرهن ما لم يوجد إيفاء جميع الدين ، فتركنا هذا القياس فى البيع لما فيه من معنى الرهن ، وهذا المعنى لا يتأتى فى كل إجارة ليس للمؤاجر حق الحبس بعد الفراغ من العمل ، وبعد إيفاء المنفعة ؛ لأن معنى الرهن إنما يثبت بثبوت حق الحبس للمؤجر ، فكل إجارة ليس حق الحبس كانت العبرة لحقيقةً القياس ، وحقيقة القياس أن يستويا فى ملك الرقبة ، وإنما استويا فى ملك الرقبة إذا وجب إيفاء الأجر بقدر ما يستوفى من المنفعة ، كان القياس أن يجب إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، وإن قلّ ذلك حتى استويا ، لكن تركنا القياس فى القليل ؛ لأنه لا يعرف حصته من الأجر ، وفيما لا يعلم حصته من الأجر أخذنا بالقياس .

١٣٦٠٨-وفى كل إجارة للمؤجر حق الحبس حتى يثبت فيه معنى الرهن كان بمعنى البيع، وفى باب البيع إذا وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن، تعلق وجوب التسليم بإيفاء جميع الثمن، ولا يجب تسليم شىء منه بإيفاء بعض الثمن، فكذا فى إجارة البيت للأجير حق الحبس، وإيفاء الأجر فى الإجارة بناء على إيفاء العمل، فتعلق إيفاء الأجر بإيفاء جميع العمل، ولم يجب بإيفاء البعض.

وفى "نوادر بشر": عن أبى يوسف رحمه الله فيمن استأجر دارًا يسكنها شهرًا، قال: لايلزمه شىء من الأجر حتى يستكمل سكنى الشهر، وهو قياس ما لو استأجر حمّالا ليحمل له شيئًا من السوق إلى منزله، فإنه لا يلزمه شىء من الأجر حتى يبلغ الحمولة إلى منزلة، وكان القياس فيما إذ تكارى دابة إلى مكة هكذا، ولكن استحسن وقال: إذا سر نصف الطريق أو ثلثه لزمه التسليم بحساب ذلك، وقال القدورى رحمه الله: فهو قوله الآخر.

١٣٦٠٩-وإذا شرط فى عقد الإجارة تعجيل البدل، وجب تعجيله؛ لأنه بدون الشرط إنما لايجب تحقيقًا للتساوى، فإذا شرط التعجيل، فقد أبطل التساوى، وإنه مما يقبل البطلان، فبطل، ألا ترى أن فى باب البيع وجب نقد الثمن قبل تسليم المبيع تحقيقًا للتساوى، ثم لو باع بثمن مؤجل يجب تسليم المبيع؛ لأنه أبطل التساوى.

١٣٦١٠-قال: وللمؤاجر حق حبس المنافع إلى أن يستوفى الأجر؛ لأن المنافع بمنزل المبيع، فكان له حبسها بما يقابلها من البدل، كما فى البيع، وله حق فسخ العقد إن لم يستعجل، وكذا إذا عجّل الأجرة من غير شرط ملكها؛ لأنه إذا عجّل فقد أبطل ما يقتضيه مطلق العقد، وذلك يحتمل البطلان؛ لأنه أثبت حقًا له، وكما يجب الأجر باستيفاء المنافع يجب بالتمكن من استيفاء المنافع إذا كانت الإجارة صحيحة، حتى إن من استأجر دارًا أو حانوتًا مدة معلومة، ولم يسكن فيها فى تلك المدة مع تمكنه من ذلك، يجب الأجر، ولو لم يتمكن من السكنى بأن منعه المالك، أو أجنبى لا يجب الأجر، ولذلك إذا أجر دارًا، وسلمها إليه فارغًا إلا بيتًا كان مشغولا بمتاع الأجر، وسلّم إليه جميع الدار، ثم انتزع بيتًا منها من يده، رفع عن الأجر حصة البيت، ولكن يشترط التمكن من الاستيفاء فى المدة التى ورد عليه العقد فى المكان الذى أضيف إليه العقد.

فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا، أو تمكن من الاستيفاء فى المدة فى غير المكان الذى أضيف إليه العقد، أو تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد خارج المدة، لا يجب الأجر، حتى إن من استأجر دابة يومًا لأجل الركوب، فحبسها المستأجر فى منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم، فإن استأجرها للركوب فى المصر، يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد؛ لأن المكان الذى أضيف إليه العقد، هو المصر، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حبسها فى المصر، لعدم تمكنه من استيفاء المنافع فى المكان الذى أضيف إليه العقد؛ لأن المكان الذى أضيف إليه العقد خارج المصر، ولا يتحقق التمكن خارج المصر من الركوب والدابة فى بيته.

فإن ذهب بالدابة إلى ذلك المكان فى اليوم، ولم يركب يجب الأجر؛ لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد فى المدة، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة، ولم يركب لا يجب الأجر، وإن تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد لهذا أنه تمكن بعد مضى المدة.

١٣٦١١-وفى "النوازل": إذا استأجر دابة إلى مكة، فلم يركبها، بل مشى راجلا، فإن كان بغير عذر فى الدابة، فعليه الأجر؛ لأن المعقود عليه ممكن الاستيفاء، وإن لم يركبها لعلة فى الدابة، أو لمرض بها، بحيث لم يقدر على الركوب، لا أجر عليه، وهكذا ذكر فى "العيون" عن أبى يوسف رحمه الله.

١٣٦١٢-وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمد رحمه الله عن من اكترى محملا ليركبه إلى مكة، فخلفه فى أهله من غير عذر، ولم يركبه فلا أجر؛ لعدم التمكن من استيفاء المنفعة فى مكان الاستيفاء، وهو ضامن للمحمل إن أصابه شىء؛ لأن صاحب المحمل لم يرضَ بإمساكه على وجه لا يجب به الأجر، فيصير بإمساك المحمل فى منزله مخالفًا غاصبًا، وكذلك لو استأجر قميصًا يلبسه إلى مكة، وكذلك لو استأجر المحمل شهرًا ليركبه إلى مكة، فقد جمع فى المسأل الثالثة بين الوقت وبين العمل، وهو الركوب، ومع هذا بنى الحكم على العمل، إذ لو بنى الحكم على الوقت لوجب الأجر ههنا، كما لو استأجر حليًا يومًا يزين به عروسه، فأمسك الحلى ولم يزيّنها يجب الأجر،

إنما فعل كذلك لأن الغالب فى هذه الصورة أن يراد بهذا العمل وهو الركوب إلى مكة .

هذا كله فى الإجارة الصحيحة ، أما فى الإجارة الفاسدة يشترط حقيقة استيفاء المنفعة لوجوب الأجر ، وبعد ما وُجد الاستيفاء حقيقةً إنما يجب الأجر إذا وُجد التسليم إلى المستأجر من جهة المؤاجر ، أما إذا لم يوجد التسليم لا يجب الأجر .

١٣٦١٣-بيانه فيما ذكر فى "الجامع" : رجل اشترى من آخر عبدًا ، فلم يقبضه حتى أجره من البائع شهرًا كانت الإجارة باطلة ؛ لأن الإجارة لتمليك المنفعة ، والمنفعة تابعة للعين ، وتمليك العين قبل القبض من البائع باطل ، فكذا تمليك المنافع التى هى تبع ، فإنه استعمله البائع بحكم الإجارة لا يلزمه الأجر ؛ لأن فى الإجارة الفاسدة ، إنما يجب الأجر باستيفاء المنافع إذا وجد التسليم إلى المستأجر ، ولم يوجد ههنا ، إذ ليس للمشترى آلة التسليم ، وهو اليد ، إنما اليد للبائع ، والبائع لا يصلح نائب عن المشترى فى القبض ، لأن التسليم مستحقّ على البائع ، والشخص الواحد لا يصلح أن يكون مسلمًا ومتسلمًا ؛ ولأن التسليم والقبض بمنزلة البيع ، إذ ملك التصرّف يثبت به ، والواحد لا يصلح بائعًا ومشتريًا ، فكذلك لا يصلح قابضًا ومسلمًا .

١٣٦١٤-وفى "الفتاوى" : استأجر ثوبًا ليلبسه كل يوم بدانق ، فوضعه فى بيته ، ولم يلبسه ، حتى مضى عليه ستون ، فعليه لكل يوم دانق ما دام فى الوقت الذى يعلم أنه لو لبسه لكان لا يتخرق ؛ لأنه أمكن أن يجعل منتفعًا بالثوب فى ذلك الوقت ، فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان لبسه لتخرق سقط عنه الأجر ؛ لأن بعد مضى ذلك الوقت تعذر جعله منتفعًا به ، وروى عن محمد نحو هذا .

وهو نظير المراءة إذا لم يستعمل الكسوة أنه إذا مضى من الوقت مقدار ما استعملها استعمالا معتادًا لخرقت الكسوة ، كان لها ولاية المطلبة بكسوة أخرى ، وما لا فلا -والله تعالى أعلم بالصواب- .

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٦١٥-حبس العين بالأجر ، قال محمد رحمه الله : رجل دفع ثوبًا إلى صبّاغ ليصبغه بدرهم ، أو إلى قصّار ليقصره ، فقصره أو صبغه ، وقال : لا أعطيك حتى

تعطيني الأجر، فله ذلك، وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك.

يجب أن يعلم أن كل صانع ليس لصنعه أثر قائم فى العين كالحمال والملاح والغسّال لا يكون له أن يحبس العين بالأجر بالإجماع، وكل صانع لعلمه أثر قائم فى العين، كالصبّاغ وما أشبه إذا فرغ من العمل، فله أن يحبس العين بالأجر عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، خلافًا لزفر رحمه الله حجته فى ذلك أن المبيع وقع فى يد المشترى برضا البائع، ويبطل حقّه فى الحبس قياسًا على ما لو عمل القصّار فى بيت صاحب الثوب، وقياسًا على الملاح والمكارى.

وإنما قلنا: أن المبيع وقع فى يد المشترى؛ لأن المبيع ههنا إما أثر عمله فى العين، كما فى الخياطة، أو مال قائم أثقل بالثوب كالصباغة، وقد وقع هذا فى يد المشترى، وهو صاحب الثوب؛ لأن يد العامل على الثوب يد صاحب الثوب؛ لأن العامل أمين فى حق الثوب، ويد الأمين يد صاحب المال، كما فى يد المودع.

وإنما قلنا: برضاه؛ لأنه لما عمل مع علمه أن عمله يقع فى يد المشترى صار راضيًا بوقوعه فى يد المشترى.

حجتنا أن المبيع وقع فى يد المشترى بغير رضا البائع، فلا يبطل حق البائع فى الحبس، كما فى بيع العين إذا قبض المشترى المبيع بغير رضا البائع، فإنه لا يبطل حق البائع فى الحبس، وإن حصل فى يد المشترى؛ لأنه حصل بغير رضاه.

بيانه: أنه لا يمكنه الاحتراز عن وقوع عمله فى يد الحافظ؛ لأنه لا بد له من الحفظ حالة العمل، ويد الحافظ يد صاحب المال، وإذا لم يمكنه الاحتراز عن وقوع العمل فى يد الحافظ، كان مضطرا فى ذلك، والرضا لا يثبت مع الاضطرار، كصاحب العلو إذا بنى السفل، وليس كما لو عمل فى بيت صاحب الثوب؛ وذلك لأن المبيع هناك وقع فى يد المشترى برضا البائع، وذلك لأن الثوب فى يد صاحب الثوب حكمًا لقيام يده على الدار، ويمكن للعامل أن يعمل على وجه لا يقع عمله فى هذا اليد، بأن يعمل فى بيت نفسه، وإذا أمكنه الاحتراز عن إيقاع المبيع فى هذا اليد، فإذا لم يحترز صار راضيًا بذلك، فيبطل حقه فى الحبس، فأما ههنا لا يمكنه الاحتراز على ما بينا، فيكون مضطرا فى إيقاع العمل فى يد الحافظ، والاضطرار ينافى الرضا.

والاختلاف فى هذه المسألة نظير الاختلاف فى الوكيل، إذا نقد الثمن من ماله، وقبض المشترى، كان له أن يحبس عن الموكل حتى يستوفى الثمن، وبنفس القبض وقع المبيع فى يد الموكل؛ لأن يده يد الموكل قبل إحداث الحبس، ولم يبطل حقه فى الحبس عندنا؛ لأنه مضطر فى وقوع المشترى فى هذا اليد لا يمكنه القبض على وجه لا يقع فى يده، فلم يبطل حقه فى الحبس عندهم، وبطل عند زفر رحمه الله ههنا، وليس كالحمال والمكارى؛ لأن المبيع ههنا ليس بقائم، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، أما من حيث الحقيقة فلا إشكال؛ لأن المبيع حركات انقضت، ومضت، وأما من حيث الاعتبار فلأنه لم يبقَ لعمله أثر فى العين حتى يقام الأمر مقام العمل، وحق الحبس إنما ثبت فى المبيع، فلا بد من قيامه، أما ههنا بخلافه.

وأما القصّار إن كان يقصّر بالنشاشج أو ببياض البيض، كان له حق الحبس، لأنه اتصل بالثوب مال قائم، كما فى الصبغ، فأما كان يبيض الثوب لا غير، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: له حق الحبس؛ لأن البياض الذى حدث فى الثوب أثر عمله، فيقوم مقام المبيع، فيكون له حق الحبس، كما فى الخياطة.

ومنهم من يقول: لا يكون له حق الحبس؛ لأن البياض الذى حدث فى الثوب غير مضاف إلى عمله؛ لأنه غير حادث بعمله، بل البياض كان حاصلا، لكن استتر بالدرن، فزال ذلك بعمله، وظهر البياض الذى كان فى الأصل، وإذا ثبت له حق الحبس بالأجرة عندنا، لم يصر بالحبس متعديًا، فبقى العين عند أبى حنيفة رحمه الله أمانة فى يده كما كان، فإذا هلك بغير صنعة لا يضمن شيئًا إلا أنه يسقط الأجر؛ لأنه هلك العمل قبل التسليم، وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب سقوط البدل، كالمبيع العين إذا هلك فى يد البائع، وأما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فالعين كان مضمونًا على القصار والصبّاغ بسبب القبض إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، فبقى بعد الحبس مضمونًا كما كان، فإذا هلك فلصاحبه الخيار، إن شاء ضمنه غير معمول؛ لأنه لم يصر مسلمًا العمل، فلايستحق الأجر، وإن شاء ضمنه معمولا؛ لأن العين مضمون عندهما بالقيمة، والعمل تبع للعين، والتبع يوافق الأصل، ولا يخالفه، فإذا كان الأصل مضمونًا بالقيمة، صار التبع مضمونًا بالقيمة أيضًا.

فإن قيل : العمل مبيع هلك في يد البائع بغير صنعة ، والمبيع لا يتصور أن يكون مضمونًا على البائع بالقيمة بحال مالا عند الهلاك ، ولا عند الاستهلاك ، كما فى العين إذا هلك عند البائع ، أو استهلكه البائع لا يضمن القيمة ، فلم جعلتم العمل المبيع ههنا مضمونًا بالقيمة .

قلنا : نحن ما جعلنا العمل مضمونًا بالقيمة أصلا ومقصودًا ، بل ضرورة وتبعًا للعين ، ويجوز أن يثبت الحكم تبعًا لغيره ، ولا يثبت قصدًا ، وفى باب البيع لا ضرورة إلى جعله مضمونًا بالقيمة ، أما ههنا بخلافه ، وإذا ضمنه قيمته معمولا أعطاه الأجر ؛ لأن المبيع صار مسلمًا تقديرًا ، واعتبارًا بوصول البدل إليه ، ولو صار مسلمًا حقيقةً يعطيه الأجر ، كذلك ههنا .

وهكذا الجواب لو أتلفه الأجير ، يتخير صاحب الثوب ، إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ، ولا يعطيه الأجر ، وإن شاء ضمنه قيمته معمولا ، وأعطاه الأجر .

وفى "شرح القدورى" : وقال أبو يوسف : فى الحمّال إذا طلب الأجر بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ، ليس له ذلك ؛ لأن حق المطالبة إنما يثبت بعد تمام العمل ، والوضع من تمام العمل ، فلا يثبت له حق المطالبة قبل الوضع .

وممّا يتصل بمسائل الحبس:

١٣٦١٦-إذا استأجر الرجل من آخر دارًا بدين كان للمستأجر على الأجر ، يجوز ، وكذا لو استأجر عبدًا بدين ، كان للمستأجر على الأجر يجوز ، فإن فسخا الإجارة ، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق ، كان له ذلك ، ولو كانت الإجارة فاسدة ، وفسخا الإجارة بحكم فساد السبب ، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق ، ليس له ذلك .

والفرق بينهما أن العقد لا يتعلق بالدين ، وإنما يتعلق بمثله ، ولا تصير الأجرة مثل الدين إلا بشرط التعجيل ، فتضمن ذلك شرطًا للتعجيل لتصير الأجرة مثل الدين ، ووقعت المقاصة بينهما ، وصار الآجر قابضًا الأجر بطريق المقاصة ، فيعتبر بما لو استوفاه حقيقةً ، فأما فى الإجارة الفاسدة مثل الدين لا يجب بنفس العقد ؛ أن أكثر ما فى الباب

أن يجعل الأجرة مشروطة التعجيل، ولكن الأجرة لا تملك، ولاتصير دين باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة ما لم يوجد استيفاء المنفعة حقيقةً، ومتى لم يصر دينًا لا تقع المقاصة، فلا يصير الأجير مستوفيًا الأجرة أصلا بمقابلة تسليم العبد، فلا يملك حبس العبد به، فإن مات الآجر، وللآخر دين عليه، كان قبل العقد، ففي الإجارة الجائزة لما ملك المستأجر حبس العبد كان أحق به من الآجر حال حياته، فيكون أحق به من غرماءه بعد موته.

وفي الإجارة الفاسدة لما لم يملك الحبس لم يكن المستأجر أحق به من الآجر حال حياته، فلا يكون أحق به من غرماءه بعد الموت، ولكن يكون أسوة لغرماءه، فلو هلك العين في يد الأجير من غير منفعة، ومن غير أن يحبسه بالأجر، فإن كان لعمله أثر في العين، كما في الصبّاغ والخياط، سقط الأجر، وإن لم يكن لعمله أثر في العين، كالحمال والمكاري، لا يسقط الأجر.

والفرق أن العمل الذي له أثر في العين بمنزلة العين المعقود عليه، والبدل في مقابلته، فصار كالمبيع يهلك قبل التسليم، أما ما لا أثر له في العين ليس هناك عين معقود عليه، وإنما يصير الحمّال موفيًا المعقود عليه حالا فحالا، فإذا انتهى إلى المكان المشروط، فقد أوفى العمل بتمامه، فلا يسقط أجره بهلاك العين بعد ذلك، فلا يسقط أجره.

١٣٦١٧-وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": نسّاج نسج ثوب رجل، فذهب به إليه، وطلب منه أن يقبض منه الثوب، ويعطيه الأجرة، فقال له صاحب الثوب: اذهب إلى منزلك، حتى إذا رجعنا من الجمعة، صرتُ إلى منزله، ووفرتُ عليك الأجر، فاختلس الثوب من يد النسّاج في الرجعة، قال: إن كان الحائك دفع الثوب إلى صاحب الثوب، ثم دفع الصاحب إلى الحائك، ولو ذهب به لم يكن الحائك يمنعه من ذلك، فإن دفع إلى حائك على وجه الرهن هلك الثوب بالأجر، كما هو حكم الرهن، وإن دفع إليه على وجه الوديعة، هلك على الأمانة، والأجر على حاله؛ لأنه سلّم العمل إلى صاحب الثوب، فتقرر عليه الأجر، وإن كان في الابتداء لو أراد صاحب الثوب أن يذهب بالثوب، لم يكن يدعه النسّاج، ولذلك تركه صاحب الثوب عنده، فقد اختلف العلماء فيه، قال بعضهم: يضمن، وقال بعضهم: لا، فهي مسألة الأجير المشترك إذ هلك العين

في يده من غير صنعة .

١٣٦١٨-وفي "المنتقى" : حائك عمل ثوبًا لرجل ، فتعلق الآمر به ليأخذه ، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر ، فتخرق من يد صاحبه لا ضمان على الحائك ، وإن تخرق من يدهما ، فعلى الحائك نصف ضمان الخرق .

١٣٦١٩-وفي "القدوري" : استأجر حمّالا ليحمل له حملا إلى بلد ، فحمله ، فقال له صاحبه : أمسك عندك فأمسك ، فهلك لا ضمان عليه بلا خلاف ؛ لأنه ليس له حق الحبس ، فإذا قال : أمسكه كان أمنة في يده ، وهلك الأمانة في يد الأمين لايوجب الضمان عليه .

ولو كان هذا قصّارًا ، فأمره بإمساكه ، يعني ليوفي الأجر ، فهلك فهو على الاختلاف ، وعلى قياس مسألة النسّاج يجب أن تكون هذه المسألة على التفصيل أيضًا - والله أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب- .

الفصل الثالث
فى الأوقات التى يقع عليها عقد الإجارة

١٣٦٢٠-إذا استأجر دارًا شهرًا بأجر معلوم، أو استأجرها سنة، أو كل شهر، فابتداء المدة من حين العقد، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا استأجر كل شهر؛ لأن الإجارة تناول الأبد، فلا بد وأن يدخل الشهر من حين، وقع عقد الإجارة، وإنما يشكل فيما إذا استأجر شهرًا واحدًا، فإنه عيّن الإجارة الشهر الذى يلى العقد، وهما سمّيا شهرًا منكرًا لا شهرًا معينًا، فالجواب الشهر الذى يلى العقد تعين بدلالة الحال، أو بمقتضى مطلق العقد، أما بدلالة الحال، فإن الظاهر من حال العاقل[١] الدين أن يقصد العاقد بتصرفه الصحة، ولن تصح الإجارة لو لم يعين الشهر الذى تليها؛ لأنه حينئذٍ تكون الإجارة على شهر لا بعينه، وأما بمقتضى مطلق العقد فلأن مطلق العقد يوجب حكمه للحال، كبيع العين المطلق، وحكم الإجارة وقوع الملك للمستأجر فى المنفعة، وإنما يقع الملك له فى منفعة الدار للحال إذا تعين الشهر الذى يلى الإجارة، وإذا تعين الشهر الذى يلى الإجارة ينظر إن وُجدت الإجارة فى الوقت الذى يهل فيه الهلال يعتبر الشهر بالهلال؛ لأن الهلال أصل فى الشهر، والأيام كالبدل، وقد أمكن اعتبار الأصل، فلا يصار إلى البدل، وإن وجدت الإجارة فى وسط الشهر، يعتبر الشهر بالأيام؛ لأنه تعذر اعتبار الأصل، فيعتبر البدل، هذا إذا وقعت الإجارة على شهر واحد.

وإن وقعت الإجارة على كل شهر، وكان ذلك فى وسط الشهر يعتبر الشهر الذى يلى العقد بالأيام، وكذلك كل شهر بعد ذلك بل خلاف، أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأن عنده العبرة للأيام إذا وقعت الإجارة فى وسط الشهر، وإن كان أخر المدة وأولها معلومة، بأن استأجرها أشهرًا مسماة غرّة، أو ما أشبه ذلك، أو استأجرها سنة، فإذا لم يكن آخر المدة معلومًا أولى، وأما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إنما يعتبر الشهر الأول بالأيام، ويكمل من آخر المدة، وما بعد ذلك بالهلال إذا كان آخر المدة معلومًا حتى

---
(١) وفى نسخة: "العاقد".

أمكن إكمال الأول بآخره، وهنا آخر المدة مجهولة، فلا يمكن إكمال الأول بالآخر، فيجب إكماله من الشهر الثانى.

وإن وقعت الإجارة على اثنى عشر شهرًا، أو ما أشبه ذلك من الأشهر المسماة، وكانت الإجارة فى وسط الشهر، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يعتبر جميع الأشهر بالأيام، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر الشهر الأول بالأيام، ويكمل من الشهر الأخير، وباقى الشهور بالأهلة، فوجه قولهما: إن فى الشهر الأول والآخر اعتبار ما هو الأصل، وهو الهلال غير ممكن، فلايعتبر، وفيما عدا ذلك أمكن اعتباره فى الشهر الثانى والثالث؛ لأن الشهر الأول يجب إكماله من الشهر الثانى؛ لأنه متصل به، وإذا وجب إكمال الشهر الأول من الشهر الثانى انتقض الشهر الثانى، فيجب إكماله من الشهر الثالث؛ لأنه متصل به، وثم وثم إلى آخر المدة، فقد تعذر اعتبار الهلال فى جميع المدة، فتعتبر الأيام.

وروى الحسن بن زياد رحمهما الله عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل استأجر منزلا كل شهر بثلاثة دراهم مثلا، قال فى قياس قولى: الإجارة فاسدة، لكنى أستحسن أن أجيزها فى أول شهر، فأما فيما عداه، فلكل واحد منهما أن يفسخه.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: أراد بقوله فى قياس قولى: القياس على ما إذا اشترى كل قفيز من هذا الطعام بدرهم، فإنه على جميع الطعام عنهما، وعمل كلمة كل فى الشمول والإحاطة، فالقياس أن يعمل كلمة كل ههنا فى الشمول والإحاطة، وتناول جميع الشهور، إلا أنها لو تناولت جميع الشهور فسد العقد؛ لأن جميع الشهور مجهولة، ولكن أستحسن، وقال: يجوز العقد فى الشهر الأول بصفة اللزوم؛ لأنه لا جهالة فيه، ولا مزاحم له، وفيما عدا ذلك يثبت العقد بطريق الإضافة، وفى العقد المضاف لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد، فإذا لم يفسخ حتى دخل الشهر الثانى لزم العقد فيه.

١٣٦٢١ -وفى "الأصل": إذا استأجر الرجل من آخر دارًا كل شهر بعشرة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هذا جائز، ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة فى رأس الشهر، فإن سكن يومًا أو يومين لزمه الإجارة فى الشهر الثانى.

واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله فى تخريج المسألة بعضهم قالو : أراد بقوله جائز أن الإجارة فى الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور، فالإجارة فاسدة لجهالة المدة، إلا أنه إذا جاء الشهر الثانى، ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة فى رأس الشهر جازت الإجارة فى الشهر الثانى؛ لأن الشهر الثانى صار كالشهر الأول، وبعضهم قالوا: لا، بل الإجارة جائزة فى الشهر الثانى والثالث، كما جازت فى الشهر الأول.

وإطلاق محمد رحمه الله فى "الكتاب" يدلّ عليه، وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول، وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر، وإنما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة، وبيانها أن موضع الإجارة أن لا يزيل الرقبة عن ملك المؤجر، ولا يجعلها ملكًا للمستأجر، ومتى لا يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى؛ لأنه لا يملك سكناها، ولا يبيعها ولا هبتها أبدا الدهر؛ لأنه لأنها لجملة الشهور وهذا لا يجوز، فلهذه الضرورة تثبت لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ، والمضى فى رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فى الشهر، وفيما زاد على الشهر، وكان ينبغى أن يثبت الخيار فى كل ساعة ليزول المعنى الذى ذكرنا، إلا أنا لو أثبتنا ذلك لا يفيد الإجارة فائدتها؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يمتنع عن الإجارة مخافة الفسخ، لهذه الضرورة تأخر الفسخ إلى رأس الشهر؛ لأنه بهذا القدر تصير الإجارة منعقدة، وليس ما وراء الشهر من الأوقات بعد ذلك بعضها بأولى من البعض، فيثبت الخيار رأس كل شهر لهذه الضرورة، والثابت ضرورة والثابت شرطًا سواء.

ولو شرط الخيار رأس كل شهر، تأخر الفسخ إلى رأس كل شهر، كذا ههنا، إلا أن المشايخ رحمهم الله بعد هذا اختلفوا فى كيفية إمكان الفسخ لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإنما اختلفوا؛ لأن رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهل فى الهلال، فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر، فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار.

وقيل: ذلك لا يمكنه الفسخ؛ لأنه لم يجئ وقته، والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاثة، إما أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الإجارة، فيتوقف هذا

الفسخ إلى انقضاء الشهر ، فإذا انقضى الشهر ، وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذٍ عمله ، ونفذ ؛ لأنه لم يجد نفاذا فى وقته ، والفسخ إذا لم يجد نفاذا فى وقته يتوقف إلى وقت نفاذه ، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخى ، ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله فى البيوع : رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار ، فحمّ العبد ، وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار ، لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف إلى أن يزول الحمى فى مدة الخيار .

وقال فى المضاربة : رب المال إذا فسخ المضاربة ، وقد صار مال المضاربة عروضًا لم ينفذ الفسخ للحال ، بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير ، فينفذ الفسخ حينئذٍ ، كذا ههنا ، أو يقول الذى يريد الفسخ فى خلال الشهر ، فسخت العقد رأس الشهر ، فيفسخ العقد إذ أهل الهلال ، ويكون هذا فسخًا مضافًا إلى رأس الشهر ، وعقد الإجارة يصح مضافًا ، فكذا يصح فسخه مضافًا ، أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهل فيها الهلال ، ويومها ، وهذا القائل يقول : لم يرد محمد رحمه الله بقوله : لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة ، وهو الساعة التى يهل فيها الهلال ، فإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة ، وهى الليلة التى يهل فيها الهلال ، ويوميها .

١٣٦٢٢-وهذا كما قال محمد رحمه الله فى كتاب الأيمان : إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر ، فقضاه فى الليل التى يهل فيها الهلال ، أو فى يومها لم يحنث استحسانًا .

وفى "القدورى" : يقول غرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها ، ثم إذا كن لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة رأس الشهر إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر من صاحبه ، هل يصح من مشايخنا رحمهم الله من قال : إنه على الخلاف على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا يصح ، وعلى قول أبى يوسف : يصح ، وهذا لأن الخيار ثبت لكل واحد منهما رأس الشهر لنوع ضرورة ، والثابت ضرورة والثابت شرطًا سواء ، ولو كان الخيار مشروطًا لكل واحد منهما ، كانت المسألة على الخلاف ، كذا ههنا .

ومنهم من قال : لا يصح الفسخ ههنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف ، والفرق لأبى يوسف رحمه الله أن المشروط له الخيار إنما ملك الفسخ بغير محضر من صاحبه ؛

لأنه مسلط على الفسخ من جهت؛ لأن الخيار مشروط للفسخ، والمسلط على التصرف يملك التصرف من غير محضر من المسلط كالوكيل بالبيع، فأما فى مسألتنا كل واحد منهم غير مسلط على الفسخ من جه صاحبه، وإنما هو مسلط على الانتفاع، وإنما[1] ثبت الخيار لنوع عذر، فكن بمنزلة ما لو ثبت الخيار بسائر الأعذار، وفى ذلك لا يصح الفسخ إلا بمحضر من صاحبه، كذا ههنا، وفى شروط الحاكم أحمد السمرقندى رحمه الله: أن أحد المتعاقدين فى باب الإجارة إذا فسخ العقد فى مدة الخيار يصح فسخه، سواء كان بحضرة صاحبه أو بغيبة صاحبه، ولم يذكر فيه خلافًا.

١٣٦٢٣-وإذا استأجر دارًا سنة، كل شهر بكذا، فليس لواحد منهما فسخ الإجارة قبل إكمال السنة بغير عذر؛ لأن الإجارة ههنا وقعت على جميع السنة، وذكر كل شهر لتعينه الأجر على الشهور لا لتجدد انعقاد العقد رأس كل شهر، وفى شروط الحاكم أحمد السمرقندى رحمه الله: إذا استأجر دارًا كل شهر بكذا، فعجّل أجرة شهرين أو ثلاثة، وقبض الأجر ذلك، لايكون لأحدهما ولاية الفسخ بقدر ما عجّل، وكان التعجيل منهما دلالة العقد فى الشهر الثانى والثالث.

١٣٦٢٤-قال فى "الأصل": وإذا استأجر عبدًا ليخدمه كل شهر بكذا، فإن له أن يستخدمه من السحر إلى ما بعد العشاء الآخرة، والقياس أن يستخدمه آناء الليل وأطراف النهار؛ لأن الشهر اسم للكل، إلا أن ما بعد العشاء الآخرة إلى السحر صار مستثنى بحكم العرف، فإن العرف فيما بين الناس أنهم لا يستخدمون المماليك بعد العشاء الآخرة إلى السحر، والمعروف كالمشروط.

١٣٦٢٥-وقال أيضًا: رجل تكارى رجلا يومًا إلى الليل لعمل معلوم، فإن على الأجير أن يعمل بعد صلاة الغداة إلى غروب الشمس، والقياس أن يعمل من وقت طلوع الفجر الثانى عملا باسم اليوم، إلا أن ما بعد طلوع الفجر الثانى إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى عن الإجارة عرفًا، والمعروف كالمشروط، قاله محمد رحمه الله: والعمال بالكوفة إنما يعملون إلى العصر، وليس لهم ذلك، وإنما قال ليس لهم ذلك؛ لأن اسم اليوم ينطلق على هذا الزمان من حين طلوع الفجر إلى غروب الشمس إلا أن بعد

---

(١) وفى الأصل: "وإذا".

طلوع الفجر إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى عن الإجارة بعرف غالب؛ لأن الأجراء لا يعملون قبل صلاة الغداة، وليس فيما بعد العصر عرف غالب، فإن بعض الأجراء يعملون إلى العصر، وبعضهم إلى غروب الشمس، وليس أحد الوجهين بما غلب من الآخر، وتخصيص الاسم إنما يجوز بعرف غالب.

١٣٦٢٦-قال أيضًا: وإذا تكارى دابة من الغداة إلى العشيّ يردها بعد زوال الشمس؛ لأن بعد زوال الشمس تنتهي الإجارة نهايتها؛ لأنه كما زالت الشمس فقد دخل أول وقت العشاء عرفًا وشرعًا، أما شرعًا فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه: "أن رسول الله ﷺ صلّى بنا إحدى صلاتي العشاء"[1]، أما الظهر والعصر، وأما عرفًا فإن مخاطبات الناس تتغير بعد زوال الشمس، يقولون قبل الزوال: كيف أصبحت، ويقولون بعد الزوال: كيف أمسيت، فثبت أن بعد زوال الشمس يدخل أول وقت العشاء، والإجارة تنتهي بدخول أول جزء من الغاية، قالوا: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا الإجارة لا تنتهي بزوال الشمس، وإنما تنتهي بغروب الشمس؛ لأن اسم العشاء في عرفنا إنما ينطلق على ما بعد غروب الشمس.

وكذلك إذا قال بالفارسية: إين خر بمزد گرفتم تا شبانگاه، فهذا إلى غروب الشمس في عرفنا.

١٣٦٢٧-قال: إذا تكارى دابة يومًا ليركبها، فإنه يركبها من حين طلوع الفجر إلى وقت غروب الشمس عملا بحقيقة سم اليوم، وإنما تركنا العمل بحقيقة هذا الاسم فيما إذا استأجر رجلا يومًا ليعمل له عمل كذا.

وقلنا: إن على الأجير أن يعمل بعد صلاة الفجر بحكم العرف الغالب على ما مرّ، والعرف في الدابة بخلاف ذلك؛ فإن الناس يركبون الدواب في عاداتهم بغلس

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (١٠٠٨) كتاب الصلاة: باب السهو في السجدتين، وابن ماجه في "سننه" (١٢١٤) كتاب الصلاة: باب فيمن سلم من ثنتين أو ثلاث ساهيًا، والنسائي في "سننه" (١٢٢٤) الصلاة: باب ما يفعل من سلم من ركعتين ناسيًا وتكلم، والدارمي في "سننه" (١٤٩٦) الصلاة: باب سجدة السهو من الزيادة، والنسائي في "الكبرى" (٥٧٤)، والدارقطني في "سننه" (١) الصلاة: باب صفة السهو في الصلاة، والبيهقي في "الكبرى" (٣٧٠٨) الصلاة: باب كيف يسجد للسهو إذا سجدهما بعد السلام، وأبو عوانة في "مسنده" (١٩١٣).

ليصلوا إلى مقصدهم قبل الليل، فيعمل فيها بحقيقة الاسم.

١٣٦٢٨-وإن استأجر دابة ليلا فإنه يركبها عند غروب الشمس إلى أن يطلع الفجر؛ لأن الليل فى عرف لسان الشرع واللغة اسم لما بعد غروب الشمس إلى أن يطلع الفجر، فكأنه نصّ على ذلك، ولو نصّ على ذلك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك.

١٣٦٢٩-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": رجل أعطى رجلا درهمين ليعمل له يومين، فعمل له يومًا واحدًا، وامتنع عن العمل فى اليوم الثانى، فإذا كان سمّى له عملا، فالإجارة جائزة، ويجبر على العمل، وإن لم يعمل حتى مضى اليوم الثانى لا يطالب بالعمل، وإن كان سمى له العمل إلا أنه قال: يومين من الأيام، فالإجارة فاسدة لجهالة الوقت، وله أجر مثله إن عمل.

وفى "فتاوى الفضلى": إذا استأجر رجلا لعمل كذا، فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة، ولا يشتغل بشىء آخر سوى المكتوبة.

وفى "فتاوى أهل سمرقند": وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن له أن يؤدى السنة أيضًا، واتفقوا أنه لا يؤدى نفلا، وعليه الفتوى.

وفى "غريب الرواية": قال أبو على الدقاق رحمه الله: المستأجر لا يمنع الأجير فى المصر من إتيان الجمعة، ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله بذلك إن كان بعيدًا، وإن كان قريبًا لم يحطّ عنه شىء من الأجر، فإذا كان بعيدًا، فاشتغل قدر ربع النهار، حطّ عنه ربع الأجر، وإن قال الأجير: حطّ من الربع مقدار اشتغالى بالصلاة، لم يكن له ذلك، ثم قال: يحتمل أن يتحمل من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الرابع
فى تصرف المؤاجر فى الأجر

١٣٦٣٠-إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة، أو وهبها منه، أو تصدق بها عليه، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة، ولم يشترط تعجيل الأجرة فى العقد، لم يجز فى قول أبى يوسف عينًا كانت الأجرة أو دينًا، والإجارة على حالها لا تنفسخ، وقال محمد رحمه الله: إن كانت الأجرة دينًا جاز ذلك، قبل المستأجر، أو لم يقبل. ولاتنتقض الإجارة، وإن كانت عينًا فوهبها منه، وكان ذلك قبل أن يتقابضا، فإن قبل الهبة تبطل الإجارة، وإن ردّ لم يبطل، وعادت الأجرة على حالها، فأبويوسف رحمه الله يقول: الإبراء إسقاط الواجب، فيعتمد سابقة الوجوب، والهبة تمليك، فيعتمد سابقة الملك، ولا وجوب ولا ملك بدون استيفاء المنفعة، واشتراط التعجيل، وإذا لم تصح تصرفه بقيت الأجرة على حالها، فلا تنتقض الإجارة، بخلاف المشترى إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض، وقبله البائع حيث يبطل البيع؛ لأن هناك الهبة قد صحت لصدورها من المالك، ويده من جنس القبض المستحقّ بالهبة، فثبت الملك، وإذا ثبت الملك فات القبض المستحقّ بالعقد، فبطل العقد.

ومحمد رحمه الله يقول: سبب الوجوب ثابت، فأقيم مقام الوجوب فى حق صحة التصرف، ثم إن محمدًا رحمه الله لم يشترط القبول فى الإبراء والهبة إذا كانت الأجرة دينًا، ويشترط القبول فى الهبة إذا كانت الأجرة عينًا، والفرق أن الإبراء والهبة فى الدين إسقاط فيه معنى التمليك، فمن حيث إنه إسقاط لم يتوقف على القبول، ومن حيث إنه تمليك يرتد بالرد، والهبة فى العين تمليك محض، والتمليك المحض لا يعمل بدون القبول.

ثم إذا قبل الهبة، وكانت الأجرة عينًا، بطلت الإجارة عند محمد رحمه الله؛ لأن عقد الإجارة ينعقد موقوفًا فى حق المحل على حسب حدوث المنفعة، فمتى كانت الأجرة عينًا ووهبها من المستأجر، وقبل المستأجر لا يمكن القول ببقاء التوقف فى حق

المحل، فصار ذلك مناقضة، فبطلت الإجارة ضرورة، وإذا كانت الأجرة دينًا، ووهبها له، أو أبرأه منها، وقبل المستأجر ذلك، أو لم يقبل، لا تبطل الإجارة؛ لأن الحكم ببقاء الإجارة ممكن هناك؛ لأن محل الأجرة إذا كانت دينًا فى الذمة، وذمته باقية، فيقام قيام محل الأجرة مقام قيام الأجر إبقاء للعقد بقدر الممكن.

١٣٦٣١-ولو وهب بعض الأجرة، وأبرأ عن بعض الأجرة جاز بلا خلاف، أما على قول محمد رحمه الله: فظاهر، وأما على قول أبى يوسف رحمه الله: فلأنه يعتبر هذا خطأ، ويجعل كأن العقد من الابتداء، وردّ على ما بقى خاصة، ولا كذلك هبة الكل، وإن كانت هذه التصرفات من المؤاجر بعد استيفاء المنفعة، أو بعد اشتراط التعجيل جازت بلا خلاف؛ لأن بعد استيفاء المنفعة أو بعد اشتراط التعجيل ثبت الوجوب، وثبت اللملك، فيصح الإسقاط والتمليك على قول أبى يوسف رحمه الله.

١٣٦٣٢-ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله: رجل آجر أرضه من رجل بدراهم معلومة، وقبض الأجر، فلم يزرع المستأجر الأرض، حتى وهب الآجر الأجر للمستأجر، ودفعه إليه، ثم انتقضت الإجارة بوجه من الوجوه، فإن للمستأجر أن يرجع على الآجر بما أعطاه من الأجر إلا حصة ما مضت من السنة، والأرض فى يد المستأجر، ولو كان وهب له قبل القبض لم يرجع بشىء، وإذا تصارف الآجر والمستأجر بالأجرة، فأخذ بالدراهم دنانير، فإن كان ذلك بعد استيفاء المنفعة، أو كانا شرطا التعجيل فى الأجرة حتى وجبت الأجرة، جازت المصارفة إجماعًا، وإن كان قبل استيفاء المنفعة، ولم يشترطا التعجيل، فالمسألة على الخلاف، على قول أبى يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر: لا يجوز، وهذ إذا كانت الأجرة دينًا، فأما إذا كانت الأجرة عينًا، فإن كانت نقرة بعينها، فأعطاه المستأجر مكانه دنانير لا يجوز، سواء كان قبل استيفاء المنفعة أو بعدها، وسواء كان قبل اشتراط التعجيل أو بعده.

وجه قوله الأول -وهو قول محمد رحمه الله-: إن هذه مصارفة بدين واجب حال المصارفة، وأنه مما يجوز الاستبدال به، فيجوز كما بعد استيفاء المنفعة.

بيانه: أن المقصود من إضافة الشراء إلى الأجرة وقوع المقاصة بين الأجرة وبدل

الصرف، لا الاستحقاق بعينه، وإن ثبت هذه المقاصة بين الأجرة وبدل الصرف إلا بعد اشتراط التعجيل فى الأجرة قبل الصرف؛ لأن المقاصة ببدل الصرف بدين وجب حكمًا بعد عقد الصرف لا يجوز، ألا ترى أن من اشترى دينارًا بعشرة دراهم، ثم إن مشترى الدينار باع من بائع الدينار ثوبًا بعشر دراهم، لا تقع المقاصة بين ثمن الثوب، وبين بدل الدينار، تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه دين وجب بعد عقد الصرف، وإذا كان هكذا، اقتضت هذه الإضافة اشتراط التعجيل قبل عقد الصرف، فكأنهما شرطا التعجيل قبل الصرف، ثم تصارفا، بخلاف ما إذا كانت الأجر عينًا؛ لأن أكثر ما فى الباب أن يثبت اشتراط التعجيل هناك مقتضى عقد الصرف مع هذا لا يجوز المصارفة؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا مبيعًا، فيصير المستأجر بهذه المقاصة مستبدلا بالمبيع قبل القبض، وأنه لا يجوز، أما إذا كانت الأجرة دينًا فى الذمة، فالاستبدال به قبل القبض جائز.

وجه قول أبى يوسف رحمه الله الآخر: إن هذه مصارفة بدين غير واجب حالة المصارفة؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة وقبل اشتراط التعجيل.

وأما ما قال محمد رحمه الله: بأن هذه الإضافة تضمنت اشتراط التعجيل، قلنا: غير المنصوص إنما يجعل منصوصًا لتصحيح أصل التصرف لا لإبقاء التصرف على الصحة، وهذا لأن جعل غير المنصوص منصوصًا خلاف الحقيقة، وخلاف الحقيقة لا يصار إليه إلا فى موضع ورد الاستعمال، والاستعمال ورد فى تصحيح أصل التصرف لا فى إبقاء التصرف على الصحة.

والفقه فى ذلك أن البقاء يتبع الأصل، والمقتضى يثبت تبعًا، فلو أثبتنا المقتضى لإبقاء العقد على الصحة فقد جعلنا التبع وهو البقاء أصلا، وأنه لا يجوز.

وإذا ثبت هذا فنقول: المصارفة بالأجرة صحيحة من غير اشتراط التعجيل، وإن لم تكن الأجرة واجبة إذا نقد ما شرط من الأجرة، وإذا لم ينقد يبطل العقد بعد الصحة، فلو أثبتنا اشتراط التعجيل، فإنما[1] نثبته مقتضى بقاء الصرف على الصحة، لا مقتضى تصحيح أصل الصرف، وأنه لا يجوز.

فرّع محمد رحمه الله فى "الأصل" على مسألة المصارفة: فقال: إذا وقعت

---

(١) هكذا فى "ظ" وكان فى الأصل وم: "قائمة" مكان "فإنما".

المصارفة بالأجر على ما نحو ما ذكرنا، وقد عقد عقد الإجارة على حمل شيء بعينه بعشرة دراهم، فمات قبل أن يحمل شيئًا، أو بعد ما سار نصف الطريق، وأجاب بأنه يرد الأجر كله على المستأجر إن لم يكن حمل شيئًا، وإن سار نصف الطريق رد عليه نصف الأجر، وذلك خمسة دراهم، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله الأول، وهو قول محمد رحمه الله؛ لأن على هذا القول صحّ الصرف، ووقعت المقاصة بين الأجرة وبدل الصرف، وصار المستأجر موفيًا الأجر بالمقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه باليد، ثم انتقضت الإجارة، وهناك يردّ الأجر كله على المستأجر إن كان الحمال لم يحمل شيئًا، ونصف الأجر إن حمل نصف الطريق، كذا ههنا.

أما على قوله الآخر: الصرف لم يصح، ولم تقع المقاصة، ولم يصر المستأجر موفيًا الأجر، فإن مات الحمال قبل أن يحمل شيئًا كان على ورثة الحمال رد الدينار على المستأجر؛ لأن الحمال قبضه بحكم صرف فاسد، ولا شيء لورثة الحمال من الأجر، وإن مات في نصف الطريق، فإن ورثة الحمال ترد الدينار على المستأجر لما قلنا، ولورثة الحمال نصف الأجر؛ لأن الحمال قد أوفاه نصف العمل.

١٣٦٣٣-وفي "نوادر أبي سليمان" عن محمد رحمهم الله: رجل أجر أرضه من رجل بألف درهم، وقبضها وزرعها أو لم يزرعها، فلم تمض السنة حتى أخذ رب الأرض من المستأجر خمسين دينارًا بالأجر، ولم يكن شرطًا في العقد تعجيلا، فهو جائز، علل فقال: لأن الإجارة كان أصلها صحيحًا، فإن انقضت الإجارة في شيء من السنة، رد رب الأرض على المستأجر من الدراهم التي أجر بها الأرض بقدر ما بقي من السنة، ولم يرد من الدينار شيئًا، علل، فقال: لأن أصل الصرف كان صحيحًا.

ووجه ذلك: أن بسبب هذه المصارفة وقعت المقاصة بين الأجر وبين ثمن الدنانير، وصار المستأجر موفيًا الدراهم التي هي أجرة بالدراهم التي هي بدل الدنانير، فيعتبر بما لو أوفاها حقيقةً، وهناك إذا انتقضت الإجارة في شيء من السنة لزم الأجر رد بعض الدراهم، فهنا كذلك، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول، إما لا يتأتى على قوله الآخر؛ لأن هذه المصارفة لم تصح، ولا حكم لها أصلا.

١٣٦٣٤-وإذا باع بالأجر ثوبًا أو طعامًا، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة، وقبل

اشتراط التعجيل جاز البيع؛ لأن البيع بدين ليس بواجب فى الحال، ولا يجب فى الثانى جائز، بأن باع بدين مظنون شيئًا تصادقا على أنه لا دين، فإنه يصح البيع بالأجرة، وأنها تجب فى الثانى، وإن لم يجب فى الحال أولى، وهذا لأنه ليس المقصود من إضافة البيع إلى الدين وإلى الأجرة استحقاق عينها، وإنما المقصود المقاصة بين الأجر وبين الثمن، فيتعلق العقد بمثل الأجرة دينًا فى الذمة، وتقع المقاصة بين الأجر والثمن.

بعد هذا اختلف المشايخ رحمهم الله فى كيفية وقوع المقاصة، قال بعضهم: يقع الشراء بثمن مؤجل بسبب تأجيل الأجر، فإذا وجب الأجر وحلّ الدينان تقاصا.

وقال بعضهم: يقع الشراء بثمن حال، وثبت اشتراط تعجيل الأجر من جانب المستأجر للحال، فتقع المقاصة بينهما للحال، لا فى الثانى، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا انقضت[1] الإجارة، وبقى الشراء، فمن يقول: الشراء يقع بثمن مؤجل لا يكون للمستأجر حق مطالبة الأجير بالثمن للحال، ومن يقول: الشراء يقع بثمن حال، يقول للمستأجر حق مطالبة الأجير بالثمن للحال.

وجه القول الأول: إن إضافة الشراء إلى الدين إذا كان دراهم إن لم تكن معتبرة لاستحقاق المضاف إليه بعينه، فهو معتبر لتقدير الثمن به قدرًا ووصفًا، ألا ترى أنه لو أضاف الشراء إلى دراهم عين تعتبر الإضافة لتقدير الثمن به قدرًا وصفةً، فكذا ههنا.

قلنا: والمضاف إليه الشراء، وهو الأجرة فى معنى المؤجل، فثبت صفة التأجيل فى الثمن، ثم تقع المقاصة إلى أجل الدينان، وجه القول الآخر: إنا لو اعتبرنا هذه فى إثبات صفة الأجل يفسد الشراء؛ لأنه يصير مشتريًا بثمن يجب فى الثانى لا فى الحال؛ لأن الأجرة لا تجب فى الحال، إنما تجب فى الثانى، والشراء بمثل هذا الثمن لا يجوز، فتركنا العمل بحقيقة هذه الإضافة، واعتبرنا الإضافة لوقوع المقاصة بينهما للحال، بأن يقع الشراء بثمن حال، ويثبت اشتراط تعجيل الأجر حتى يجب الأجر للحال، فإن الأجر يجب باشتراط التعجيل، وإن وجد اشتراط التعجيل بعد الحكم، وإذا أمكننا تصحيح الإضافة على هذا القول، وفيه جواز العقد اعتبرنا هكذا، قال، فإن وافاه الحمل والشرط سلم له ذلك، وإن لم يوفه ذلك لموت حدث أو غير ذلك من عذر، فإن

---

(١) هكذا فى "ظ" وكان فى الأصل وم: "انتقضت".

المستأجر يرجع على المؤاجر بالدراهم، ولا يرجع بالعرض؛ لأن العرض صار ملكًا للمؤاجر بالشراء، والشراء لم ينفسخ بانفساخ الإجارة؛ لأن الشراء ما كان متعلقًا بعين الأجر، حتى ينفسخ بسقوط الأجر، وإذا بقى الشراء صحيحًا بعد انفساخ الإجارة، لا يكون للمستأجر على العرض سبيل، كما قبل انفساخ الإجارة، ويرجع المستأجر على ورثته بالدراهم؛ لأن المستأجر أوفاه الأجر حكمًا للمقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه حقيقةً هناك لو انتقضت الإجازة قبل إيفاء العمل، كان للمستأجر حق الرجوع بالأجر، كذا ههنا.

ولو أخذ بالأجرة رهنًا أو كفيلا جاز فى قولهم جميعًا، أما على قول محمد رحمه الله: فظاهر، وأما على قول أبى يوسف رحمه الله: فلأن الرهن والكفالة وثيقتان، ويلائم هذا الدين، كما لو رهن بالثمن فى البيع المشروط الخيار.

١٣٦٣٥-قال محمد رحمه الله: وإذا استأجر الرجل داراً بثوب بعينه، وسكنها، فليس لرب الدار أن يبيع الثوب قبل أن يقبضه لا من المستأجر، ولا من غيره بمنزلة المبيع، ألا ترى أنه لو هلك قبل أن يدفعه إلى رب الدار، انتقضت الإجارة، وكان على المستأجر أجر مثلها، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وكذلك كل شيء يتعين بالتعين، كالعروض والحيوان وغيره.

وإن كانت الأجرة شيئًا من المكيل والموزون بعينه موصوفا، فلا بأس بأن يبيعه قبل أن يقبضه؛ لأنه ثمن، وهذا إذا وجب باستيفاء، أو باشتراط التعجيل، وإن اشترى به منه شيئًا بعينه، جاز قبض ذلك فى ذلك المجلس، أو لم يقبض، وإن اشترى به منه شيئًا بغير عينه لا بد وأن يقبض ذلك الشيء فى المجلس، حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين.

١٣٦٣٦-وإذا استأجر الرجل داراً بعبد بعينه سنة، وأعتق رب الدار العبد قبل أن يقبض العبد من المستأجر، وقبل أن يسلم الدار إلى المستأجر، فعتقه باطل؛ لأنه لا ملك له فى العبد لا ملكًا باتا، ولا ملكًا موقوفًا بناء على ما قلنا: إن الأجرة لاتملك إلا باستيفاء المنافع أو بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، ولم يوجد شيء من ذلك.

وإن كان رب الدار قد قبض العبد إلا أنه لم يسلم الدار إلى المستأجر بعد، حتى أعتق العبد جاز إعتاقه؛ لأنه ملك العبد بالتعجيل، فالأجرة تملك بالتعجيل، فقد عتق

ملك نفسه، فينفذ، فإن هدمت قبل أن يقبضها المستأجر، أو غرقت، أو استحقت، فعلى المعتق قيمة العبد كله؛ لأن المنزل لم يسلم للمستأجر، فيجب على رب الدار رد البدل، وهو العبد، وتعذر رده صورة بسبب العتق، فيجب رده معنى برد القيمة، وهذا وبيع العين فى هذا الحكم على السواء.

١٣٦٣٧-ومن باع عبدًا بثوب وأعتق مشترى العبد العبد، وهلك الثوب قبل التسليم، يجب على معتق العبد رد قيمة العبد، وطريقه ما قلنا.

ولو سكن المستأجر الدار شهرًا، وهلك العبد بعد ذلك فى يد المستأجر قبل التسليم إلى رب الدار، فإن على المستأجر أجر مثل الدار، يعنى بحصة الشهر؛ لأن أحد البدلين هلك قبل القبض، وهو عين، والبدل الآخر وهو القيمة قائمة؛ لأنه يجب قيمته على المستأجر، فلا ينفسخ العقد، ولكن يفسد كما فى بيع العرض، فيجب على المستأجر رد ما قبض من المنافع بحكم فساد العقد، وتعذر رد عينها، فيجب رد قيمتها، وقيمة المنافع أجر المثل إلا أنه يجب أجر المثل ههنا بالغًا ما بلغ، حتى إذا كان أجر المثل أكثر مما يخصّ الشهر من قيمة العبد يجب ذلك كله، بخلاف ما إذا كانت الإجارة فاسدة من الابتداء، فإنه لا يزاد أجر المثل على ما يخص الشهر من قيمة العبد.

والفرق أن المنافع إنما تتقوم بالعقد، وفى مسألتنا الاسيفاء فى الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه؛ لأن العقد كان جائزًا حالة الاستيفاء فى الشهر، وإنما فسد من بعد، فصار المستوفى متقومًا من كل وجه، فصار ملحقًا بالعين، ومتى وجب ردّ العين بسبب الفساد، وتعذر رد عينه يجب رد قيمته بالغة ما بلغت، فأما إذا كان العقد فاسدًا من الابتداء، فالعقد وجد من وجه دون وجه، فإنه وجد بأصله لا بوصفه، فيثبت التقوم للمنافع من وجه دون وجه، فيثبت التقوم بقدر المسمى، ولا يثبت فيما زاد على المسمى، ففيما زاد على المسمى الاستيفاء يكون بغير عقد، فلا يجب بمقابلته شىء، ثم أوجب قيمة المنافع، ولم يوجب قيمة العبد.

وفرق بين الإجارة وبين النكاح، فإن من تزوج امرأة على عبد، وهلك العبد قبل التسليم، أو استحق ترجع المرأة على الزوج بقيمة البدل، وهو العبد لا بقيمة المبدل، وهو منافع بضعها، وفى باب الإجارة قال: متى هلك العبد قبل التسليم خرب الدار، يرجع

بقيمة المبدل، وهو المنافع لا بقيمة البدل، وهو العبد.

والفرق أن النكاح مما لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب، فلا يفسخ بهلاك العبد قبل التسليم، أو استحقاقه بقى السبب الموجب لتسليم العبد، وهو عاجز عن تسليمه، فيجب تسليم قيمته، أما الإجارة يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ، فيفسخ بهلاك العبد قبل التسليم واستحقاقه، أو يفسد، وإذا انفسخ أو فسد وجب رد المنافع، وتعذر ردها صورة، فيجب ردها معنى برد قيمتها -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس
فى الخيار فى الإجارة والشرط فيها

١٣٦٣٨-ذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى "الفتاوى الصغرى": إذا استأجر الرجل رجلا تا بيست ديگ روبين بشايد ببدل معلوم، ففعل ذلك بالعشرة، وامتنع عن الباقى، قال: إن كان قد أراه القدور وقت الاستئجار، يخير على الباقى، وإن لم يرَه لا يخير؛ لأن فى الوجه الأول الإجارة قد صحت، وفى الوجه الثانى لم يصح لجهالة المعقود عليه، وعلى هذا إذا استأجر رجلا تا بيست زنديجى بالد، ففعل ذلك بالعشرة، وامتنع عن الباقى، فهو على الوجهين اللذين ذكرناهما.

وأصل هذه المسائل ما ذكر محمد رحمه الله فى الإجارات: أن من شارط قصاراً على أن يقصر له عشرة أثواب ببدل معلوم، ولم يره الثياب، ولم يكن عنده كان فاسدًا، وإذا أراه الثياب كان جائزًا، وإذا سمى له جنسًا من الثياب، ذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله" فى "شرحه": أن هذا نظير ما لم يرَها، يعنى يكون فاسدًا، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرحه أنه إن بالغ فى بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلومًا، فهو وإراءة الثياب سواء، فيجوز أن يكون قول شمس الأئمة رحمه الله فى مسألة القدر والزنديجى كقوله: فى القصار، فيتأمل عند الفتوى.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: قصّار شارطه رجل على أن يقصّر له ثوبًا مرويًا بدرهم، ورضى به القصار، فلما رأى القصار الثوب، قال: لا أرضى به، فله ذلك، قال: وكذلك الخياط، والأصل فيه أن كل عمل يختلف فى نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، وكل عمل لايختلف باختلاف المحل، لا يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، والقصارة تختلف باختلاف المحل، وكذلك الخياطة، فلأجل ذلك أثبتنا خيار الرؤية فيهما.

قال ثمة: ولو استأجر رجلا ليكيل له كر حنطة، فلما رأى الحنطة، قال: لا

أرضى به، فليس له ذلك.

وكذلك إذا استأجر رجلا ليحتجم له بدانق، ورضى به، فلما كشف من ظهره، قال: لاأرضى به، فليس له ذلك؛ لأن العمل ههنا لا يختلف.

١٣٦٣٩-ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله فى "المنتقى": رجل استأجر رجلا بدرهم على أن يحلج له قطنًا معلومًا، وسمّاه، فهو جائز، إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال: يقصر لى مائة ثوب مروى، جاز إذا كانت الثياب عنده، فالأصل أن الاستئجار على عمل فى محل هو عنده جاز، والاستئجار على عمل فى محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز بيع ما ليس عنده، قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب، ولا خيار له فى مسألة القطن، فهو بناء على الأصل الذى قلنا.

١٣٦٤٠-وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله: رجل استأجر غلامًا سنة بدار له، فاستعمل الغلام، ومضت السنة، ونظر آجر الغلام إلى الدار، ولم يكن رآها، فقال: لا حاجة لى فيها، قال: له ذلك، وله أجر مثل غلامه.

وفى المسألة نوع إشكال، ووجه أن بالرد بخيار الرؤية ينفسخ العقد من الأصل، وتصير المنافع مستوفاة بلا عقد، فكيف يتقوم؟

والجواب: أن الانفساخ لا يظهر فى حق المستوفى، أو نقول: المنافع كما تتقوم بالعقد تتقوم بالشرط، وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن، ويثبت خيار العيب فى الإجارة، كما فى البيع، إلا أن فى الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض، وبعد القبض، وفى البيع ينفرد المشترى بالرد قبل القبض، وبعد القبض يحتاج إلى القضاء أو الرضا.

وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله أيضًا: رجل آجر من آخر دارًا شهرًا مسماة ببدل معلوم على أنه بالخيار فيها شهرًا، ودفعها إلى المستأجر، فسكنه المستأجر قبل إجازة رب الدار الإجارة، فلا أجر عليه فيما سكن، وإنما يجب عليه الأجر فيما يسكن بعد إجارة المالك، وجعل الخيار للإجارة كالمعدوم فى حق الحكم، كما فى باب البيع.

١٣٦٤١-وعن إبراهيم عن محمد رحمهما الله أيضًا: رجل قال لغيره: استأجرتُك اليوم على أن تنقل هذا التل إلى موضع كذا، وذلك لا ينقل إلا فى أيام

كثيرة، قال: هذا على اليوم، ولايكون على العمل، والأصل أن المستأجر متى جمع بين العمل وبين الإضافة إلى الزمان فى العقد، ومثل ذلك العمل مما لا يقدر الأجير على تحصيله فى ذلك الزمان، كان العقد على الزمان، وكان استحقاق الأجر معلقا بتسليم النفس فى ذلك الزمان؛ لأن الإجارة نوع بيع، فيراعى له كون المبيع مقدورًا عليه.

١٣٦٤٢-وفى "النوازل": إذا قال لآخر: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجر شهر رمضان، أو قال: على أن لا أجر عليك فى شهر رمضان، فهذه إجارة فاسدة.

١٣٦٤٣-وفيه أيضًا: آجر حمامًا سنة ببدل له معلوم على أن يحط عن أجر شهرين للتعطيل، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يغيّر مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه أن لايلزمه أجرة أيام التعطيل شهرًا كان أو أكثر، أو أقل، فتحكم بحط أجرة شهرين يخالف مقتضى العقد، حتى لو قال: على أن مقدار ما كان معطّلا، فلا أجر عليه فيه، يجوز؛ لأن هذا يوافق مقتضى العقد، ويقرّره.

وهو نظير ما قال فى "الجامع الصغير": إذا اشترى زيتًا على أن يحط عنه لأجل الزق خمسون رطلا، لا يجوز، ولو قال: على أن يحط مقدار وزن الزق جاز.

١٣٦٤٤-وفيه أيضًا: استأجر حمامًا على أنه إذ نابتُه[1]، فلا أجر له، فالإجارة فاسدة، قال: لأن النايتة أن يمرض، أو يعرض له شغل، فهذا شرط فاسد، هكذا ذكر، ولم يذكر أن لها فى قوله: أن نايته ضمير الأجير، أو ضمير المستأجر، فإن كان ضمير المستأجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط يخالف موجب العقد؛ لأنه موجب العقد وجوب الأجر، إذا سلّم الأجير نفسه للعمل مرض المستأجر، أو لم يمرض، لأن ذلك ليس بعذر ههنا.

وإن كان ضمير الأجير، فإنما فسدت هذه الإجارة لأنه شرط انتفاء الأجر بمطلق المرض، أو اعتراض الشغل، وذلك قد لا يعجزه عن العمل، وإن أعجزه، فموجبه حق الفسخ لانتفاء الأجر ابتداء، وإن كان موجبه انتفاء الأجر، ولكن مقصورًا على مدة المرض أو الشغل، وهو قد نفى الأجرة مطلقًا بالكلية، فلأجل ذلك فسد العقد.

---

(١) مأخوذ من نات ينيت معناه: المشى بالضعف.

١٣٦٤٥-وفيه أيضًا: حانوت احترق فاستأجره رجل كل شهر بخمسة دراهم على أن يعمره على أن يحسب بنفقته، فعمّره فهذه الإجارة فاسدة، وإنما فسدت هذه الإجارة لأن هذا فى معنى استئجار المستأجر بالقيام على العمارة، فكان إدخال صفقة فى صفقة أخرى؛ ولأن شرط العمارة على المستأجر شرط يخالف قضية الشرع؛ لأن إصلاح الملك على المالك، فيوجب فساد العقد، فإن سكن المستأجر الحانوت، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأن الأجر لم يرضَ بالمسمى وحده، وللمستأجر النفقة[1] التى أنفقها فى العمارة، وأجر مثله في قيامه على العمارة؛ لما ذكرنا أن اشتراط العمار على المستأجر فى معنى استئجار المستأجر للقيام عليها، أكثر ما فيه أن هذا عقد فاسد إلا أن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد.

وفيه أيضًا: خان بعضه خراب، وفيه حوانيت عامرة، استأجر رجل العامرة كل شهر بخمسة عشر درهمًا، والخراب كل سنة بخمسة على أن يعمّر الخراب بماله، ويحسب نفقته من جملة الأجر، فاعلم بأن استئجار الخراب ليعمّره وينتفع به بعد ذلك فاسد إذا شرط أن تكون العمارة للآجر؛ لما مر، وللمستأجر على المؤاجر نفقته وأجر مثله فيما عمل، وللمؤاجر أن يسترد الحوانيت التى عمّرها الستأجر منه، لما فسدت الإجارة، وأما الحوانيت العامرة فالإجارة فيها جائزة لعدم المفسد.

١٣٦٤٦-وفيه أيضًا: آجر من آخر رجلا شهرًا ليطبخ فيه العصر، واشترط على المستأجر أن يحمله إلى منزل المؤاجر عند الفراغ، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد والشرع؛ لأن موجب العقد أن يكون رد المستأجر على الآجر[2]، وهذا الحكم لا يختص بالرجل؛ لأن رد المستأجر على المؤاجر فى المواضع كلها على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فاشتراطه على المستأجر فى أى موضع شرط يوجب فساد الإجارة، قال: وإن لم يشترط ذلك على المستأجر لا يفسد الإجارة، وإذا فرغ من عمله قبل مضى الشهر، فعليه الأجر إلى تمام الشهر، وإن كان استأجر كل يوم بكذا، فإذا فرغ من عمله سقط الأجر عنه، ردها إلى صاحبها، أو لم يردها؛ لأن العمل

(١) وفى الأصل: "المنفعة" مكان "النفقة".

(٢) وفى الأصل: "المؤاجر" مكان "الآجر".

على صاحبهما عند الفراغ .

١٣٦٤٧-وفيه أيضًا : رجل استأجر جِبابًا وكيزانًا ، وقال له المؤاجر : ما لم تردها علىّ صحيحة ، فلى عليك كل يوم درهم ، فقبضها ، قال : الإجارة فى الجِباب فاسدة ، وفى الكيزان جائزة ، يريد به إذا سمى للجِباب أجرًا معلومًا ، وسمّى للكيزان أجرًا معلومًا ، فيجب فى الكيزان المسمى وفى الجِباب أجر المثل ، وإنما فسدت الإجارة فى الجِباب ؛ لأن لها حمل ومؤنة ، وماله حمل ومؤنة فاشتراط رده على المستأجر يوجب فساد الإجارة ، وأما الكيزان فليس لها حمل ومؤنة ، فاشتراط ردها على المستأجر لا يوجب فساد الإجارة ؛ لأن اشتراط ردها يقع لغوًا ؛ لأنه لا يجرى فيه المماكسة إذا لم يكن له حمل ومؤنة ، وقيل : بفساد الإجارة فى الكيزان أيضًا ؛ لأن رد المستأجر على الأجير على كل حال ، فاشتراطه على المستأجر اشتراط ما لايقتضيه العقد ، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ؛ لأنه تجرى المماكسة فى حمل الكيزان وردها خصوصًا إذا كبرت .

وقيل : لا تفسد الإجارة فى الكيزان إلا إذا علم أن لها حمل ومؤنة يجرى المماكسة فى حملها ونقلها .

١٣٦٤٨-وفى "الأصل" : رجل تكارى من رجل دارًا سنة على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، فإن رضيها أخذها بمائة درهم ، وإن لم يرضها أخذها بخمسين درهمًا ، فذلك فاسد لوجهين : أحدهما : أنهما صفقتان فى صفقة ، أو شرطان فى عقد واحد ، وكل ذلك لا يجوز ، والثانى : أن الأجر مجهول فإنه مائة إن رضيها ، وخمسون إن لم يرضيها ، ولا يدرى أيرضاها أو لايرضاها ، فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبينما إذا استأجر منزلا على أنه إن قعّد فيه خيّاطًا ، فأجر كل شهر عشرة ، وإن قعد فيه حدّدا أو قصارًا أو طحانًا ، فأجر كل شهر عشرون ، فإن الإجارة جائزة على قوله الآخر ، وهنا قال : لا يجوز .

والفرق : أن هناك الإجارة وقعت على منفعتين مختلفتين ، وسمى لكل واحدة بدلا معلومًا وشرط لنفسه بالخيار ، وهذا جائز فى بيع العين ، فإنه لو اشترى عبدين على أنه بالخيار إن اختار هذا أخذه بألفين ، وإن اختار هذا أخذه بألف ، فهو جائز .

وكذلك الإجازة ، فإنه إذا دفع إلى خيّاط ثوبًا على أنه أن خاطه روميًا ، فله درهم ،

وإن خاطه فارسيًا، فله نصف درهم، فذلك جائز، فكذا ههنا.

أما في هذه المسألة أوقع العقدين على منفعة واحدة ببدلين مختلفين على أنه بالخيار، ومثل هذا لا يجوز في بيع العين، فإنه لو اشترى عبدًا على أنه إن رضيه أخذه بألف درهم، وإن لم يرضه أخذه بخمس مائة كان العقد فاسدًا، فكذا في بيع المنفعة، فإن سكنها وجب عليه أجر المثل في الثلاثة الأيام، وبعد ثلاث الأيام، أما بعد ثلاثة الأيام: فلأنه سكنها بحكم العقد، وأما في الثلاثة الأيام: فلأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح، ولو كانت الإجارة صحيحة، وللمستأجر في خيار الشرط[1] إذا سكنها في الأيام الثلاثة وجب عليه الأجر، وكان السكنى منه دليل الاختيار، كذا إذا كان فاسدًا، ولا يضمن ما انهدم من سكناه لا في مدة الخيار، ولا بعد مضي مدة الخيار لا يضمن؛ لأن الإجارة بعد مضي مدة الخيار، وليس لأحدهما فيه خيار الشرط، فكان معتبرًا بالصحيح من الإجارة التي ليس لأحد فيها خيار، ولا يضمن ما انهدم من سكناه في مدة الخيار؛ لأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح، ولو كانت الإجارة جائزة، والخيار فيها للمستأجر إذا سكن في مدة الخيار، وانهدم الدار من سكناه، لم يضمن؛ لأنه بالسكنى سقط خياره، وملك المنافع عندهم جميعًا، فصار مستوفيًا بحكم الإجارة، فلم يضمن ما نهدم من سكناه، فكذلك هذا، كما في بيع العين إذا كان المشتري بالخيار، وقبض ما اشترى، وهلك شيء مما في يده، لزمه البيع، وكان عليه الثمن، كذا ههنا، وهذا بخلاف ما لو كان الخيار مشروطًا لصاحب الدار، فإنه يضمن المستأجر قيمة ما انهدم من سكناه في مدة الخيار، كما في بيع العين إذا هلك شيء من المبيع في يد المشتري، وكان الخيار للبائع، فإنه يضمن قيمة ذلك، كما لو كان غاصبًا، فكذلك هذا.

وإن قال: أنا[2] بالخيار ثلاثة أيام، فإن رضيتها أخذتها بمائة درهم كانت الإجارة جائزة؛ لأن البدل معلوم، إلا أنه شرط فيها خيار، وخيار الشرط مما لايفسد عقد الإجارة عندنا، وقال الشافعي: بأنه يفسدها، وذهب في ذلك إلى أن خيار الشرط في الإجارة يجعل الإجارة بمعنى المضاف؛ لأن الخيار متى سقط لا يقع الملك من وقت العقد؛ لأن ما

---

(١) هكذا في الأصل.

(٢) وفي الأصل: "أما" مكان "أنا".

وجد من المنافع فى مدة الخيار تلاشت، وإنما يقع من جنس سقوط الخيار، فيصير بمعنى المضاف، ومن مذهبه أن إضافة الإجارة إلى وقت آتى لا يجوز، بخلاف البيع؛ لأن المبيع قائم وقت سقوط الخيار، فيقع الملك من وقت العقد، لا من وقت سقوط الخيار، فلا يصير بمعنى المضاف، وعلماءنا رحمهم الله ذهبوا فى ذلك إلى أنه هب كأنه يصير بمنزلة المضاف إلى وقت سقوط الخيار إلا أن إضافة الإجارة إلى وقت آتٍ جائز عندنا؛ لأن الإجارة مما يتجدد انعقاده على حسب حدوث المنافع فى نفسها، فيصير مضافًا من حيث الاعتبار، فتصير المسألة على هذا فرعا لتلك المسألة، فإن سكنها فى الثلاثة الأيام، فقد لزمه الإجارة، وكان عليه أجر ما سكن، ولا ضمان عليه فيما انهدم.

قالوا: أورد هذه المسألة عقيب الأولى ليثبت حكم إجارة صحيحة شرط فيها الخيار للمستأجر حتى تعتبر الفاسدة به.

١٣٦٤٩-رجل استأجر ثورًا من رجل يطحن عليه كل يوم عشرين قفيزًا له، فوجده المستأجر لا يطحن إلا عشرة أقفزة، كان المستأجر بالخيار، إن شاء رضى به كذلك، وإن شاء ردّ؛ لأنه لم يسلم له بشرط منتفع به، فيتخير، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خبّاز، فوجده غير كاتب وغير خبّاز، فإن رضى به لزمه أجر كل يوم بتمامه، كما فى بيع العين إذا رضى بالعبد، كذلك غير كاتب وغير خبّاز، لزمه جميع الثمن، وإن ردّ كان عليه أجر اليوم الذى استعمله بتمامه، ولا يُحطّ عنه شيء بسبب النقصان عن العمل؛ لأن الإجارة وقعت على الوقت، ولهذا يستحق الأجر، وإن لم يطحن عليها شيئًا، وكان ذكر المقدار لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله، لا لتعليق العقد به، فإذا كان اللفظ واقعًا على الوقت لا على العمل، يُوزع الأجر على الأيام لا على العمل، فلزمه أجر اليوم الذى استعمله بتمامه -والله أعلم بالصواب-.

الفصل السادس
فى الإجارة على أحد الشرطين، أو على الشرطين أو أكثر

١٣٦٥٠-الأصل: أن الإجارة إذا وقعت على أحد شيئين، وسمى لكل واحد أجرًا معلومًا، بأن قال: آجرتك هذه الدار بخمسة، أو هذه الأخرى بعشر، أو كان هذا القول فى حانوتين، أو عبدين، أو مسافتين مختلفتين، نحو أن يقول: إلى واسط بكذا، أو إلى الكوفة: بكذا، فذلك كله جائز عند علمائنا، وكذلك إذا خيّره بين ثلاثة أشياء، وإن ذكر أربعة أشياء لم يجز، وكذلك هذا فى أنواع الصبغ والخياطة إذا ذكر ثلاثة جاز، فإن زاد عليها لم يجز استدلالا بالبيع، وهذا لأن عقد الإجارة يسامح فيها من تحمل الجهالة، والخطر ما لا يتحمل فى البيع، فإذا جاز فى البيع إلى ثلاثة فلأن يجوز فى الإجارة أولى، إلا إن فرّق ما بين الإجارة والبيع أن الإجارة تصح من غير شرط الخيار، والبيع لا يصح من غير شرط الخيار، حتى إن من باع أحد العبدين لا يجوز إلا بشرط الخيار، وإجارة أحد الشيئين تجوز من غير شرط الخيار.

والفرق: أن الأجرة لا تجب بنفس العقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا أخذ فى أحد العملين، صار البدل معلومًا عند وجوبه، بخلاف البيع؛ لأن الثمن يجب بنفس العقد، وأنه مجهول، أو نقول: عقد الإجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما ينعقد عند إقامة العمل، وعند ذلك لا جهالة، بخلاف البيع؛ لأن عقد البيع لازم فى الحال، وفى الحال الجهالة مستحقّة.

ولو قال للخياط: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته روميًا فلك درهمان، أو قال للصبّاغ: إن صبغته بعصفر فلك درهمان، وإن صبغته بزعفران فلك درهم، فهذا جائز؛ لما ذكرنا أن الأجرة حال وجوبها تصير معلومة.

١٣٦٥١-ولو قال: آجرتك هذه الدار على أنك إن أقعدت فيها حدّادًا، فالأجر عشرة، وإن أقعدت فيها خيّاطًا فالأجر خمسة، جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الإجارة فاسدة؛ لأن الأجر هنا لايجب

بالسكنى ، بل بالتخلية ، ألا ترى أنه لو لم يسكن الدار بعد ما خلى الآخر بينه وبين الدار ، يجب الأجر بالتخلية ، وإذا كان الأجر يجب بالتخلية كان الأجر ، مجهولا وقت الوجوب ؛ لأن لا يدرى أن التخلية وقعت للحداده ، فتجب عشرة أو للخياطة فتجب خمسة ، بخلاف الرومى والفارسى ؛ لأن هناك الأجر لا يجب إلا بالعمل ، والعمل بعد وجوده معلوم فى نفسه ، فكان الأجر معلومًا حالة الوجوب ، وأبوحنيفة رحمه الله يقول على قوله الآخر : الأجرة لا يملك بنفس العقد عندنا ، وإنما يملك بالعمل وحالة العمل الأجرة معلومة ، وعلى هذا إذا آجر دابته من إنسان إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها حنطة فالأجر عشرة ، وإن حمل عليها شعيرًا ، فالأجر خمسة ، جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر ، خلافًا لهما .

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها هذه الحمولة ، فالأجر عشرة ، وإن ركبها ، فالأجر خمسة ، فالعقد جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر خلافًا لهما ، هما قالا : بأن الأجر قد يجب بدون الركوب والحمل ، ألا ترى أنه لو ساقها ولم يركبها ، وقد شرط فى العقد الركوب ، يجب الأجر ، وكذلك إذا ساقها ، ولم يحمل عليها ، وقد شرط فى العقد الحمل ، يجب الأجر ، فإذا ساقها وقد شرط فى العقد ما وصفت لك من الركوب والحمل ، لاتدرى ما يعطيه من الأجر .

ولأبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن الأجر لا يجب بنفس العقد ، وإنما يجب بالعمل ، وحال وجوده الأجر معلوم ، واختلفت عبارة المشايخ على قول أبى حنيفة رحمه الله فى تخريج مسألة الدابة والدار : إنه إذا سلم الدار فلم يسكن ، ولم يحمل عليها شيئًا ، وإذا سلم الدابة ولم يحمل عليها شيئًا ولم يركبها ، بعضهم قالوا : يجب أقل المسمّين ؛ لأن التسليم لايكون لهما ، وإنما يكون لأحدهما ، فمتى جعلناه للخياطة والشعير أو للركوب فالخمسة واجبة ، ومتى جعلناه للحدادة ، أو للخيطة أو للحمل ، فالعشرة واجبة ، والخمسة متيقنة ، وما زاد عليها مشكوك ، والمال لا يجب بالشك ، وإذا كان كذلك كان موجب هذا العقد خمسة متى وجب الأجر بالتسليم بدون العمل ، والمسمى بمقابلة كل منفع إن وجد استيفاء المنفعة ، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب .

وبعضهم قالوا : إذا وجد التسليم ولم يوجد استيفاء المنفعة يجعل التسليم لهما ،

إذ ليس أحدهما بأن يجعل التسليم له بأولى من الآخر، فيجعل النصف لهذا، والنصف للآخر، فيجب نصف أجر الحدادة ونصف أجر القصارة، ونصف أجر الحمل، ونصف أجر الركوب، وإن أوجب هكذا صار موجب هذه الإجارة سبع ونصف متى وجب الأجر بالتسليم بدون استيفاء المنفعة، وإن وجد استيفاء المنفعة يجب المسمى بمقابلة تلك المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب.

١٣٦٥٢-قال فى "الجامع الصغير": إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بنصف درهم، فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهم، فهو جائز، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله خاصة، كما فى المسائل المتقدمة، وذكر الكرخى رحمه الله مثل هذه المسألة، وفصّل الجواب فيها تفصيلا.

وصورة ما ذكر الكرخى رحمة الله عليه: إذ استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة، وإلى الكوفة بعشرة، فإن كان المسافة إلى القصر نصف المسافة إلى الكوفة، فالعقد جائز، وإن كان أقل أو أكثر فالعقد فاسد، وهذا لأن المسافة إلى القصر إذا كانت نصف المسافة إلى الكوفة فحال ما يسير، والأجر معلوم، وهو خمسة إلى القصر، وإن كانت أقل من النصف أو أكثر، فحال ما يسير الأجر مجهول؛ لأنه إذا لم يجاوز القصر، فالأجر خمسة، وإن جاوز، فالأجر إلى القصر بقدر حصته، وذلك دون الخمسة أو فوقها، فكان الأجر مجهولا لا حال سبب الوجوب، وهذا على أصل محمد؛ لأن عنده جهالة الأجر عند وجود سبب الوجوب يفسد العقد، فأما على أصل بى حنيفة رحمه الله فالعقد جائز، والوجه ما ذكرنا.

وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله فى "المنتقى": أن من استأجر من آخر دابة على أنه إن أتى عليها الكوفة فبعشرة، وإن أتى القصر وهو المنتصف فبخمسة فهو جائز، قال: وإن قال وإن أتى القصر وهو المنتصف فبستة، لا يجوز، قال: لأنه إذا أتى القصر لا يدرى ما عليه ستة أو خمسة.

١٣٦٥٣-كتب ابن أبى سماعة رحمه الله إلى محمد رحمه الله: فى رجل استأجر رجلا على عدل زوطى وعدل هروى، وقال: احمل أى هذين العدلين شئت إلى منزلى

على أنك إن حملت الزوطى، فلك أجر درهم، وإن حملت الهروى، فلك أجر درهمين، فحمل الهروى والزوطى جميعًا إلى منزله، فالإجارة جائزة، وأيهما حمل أول مرة فهو الذى لا قاه، والإجارة وهو متطوع فى حمل الآخر ضامن له إن ضاع فى قولهم جميعًا، وهذا لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه، فإذا حمل أحدهما تعين هو معقودًا عليه، وانتهت الإجارة بحمله، فيكون متطوعًا فى حمل الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع فى يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جملة فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله إن ضاعا، واعتبر كل واحد منهما معقودًا عليه من وجه دون وجه، فيتنصف الضمان عنده، ألا ترى كيف يتنصف الأجر بلاخلاف، وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان فى كل واحد منهما، وهو القبض بغير إذن.

١٣٦٥٤-وفى "نوادر هشام رحمه الله" عن محمد رحمه الله: إذا قال لغيره: إن حملت هذه الخشبة إلى موضع كذا، فلك درهم، وإن حملت هذه الخشبة الأخرى إلى ذلك الموضع، فلك درهمان، فحملهما جملة إلى ذلك الموضع، فله درهمان أوجب أكثر الأجرين بكماله، وأنه يخالف رواية ابن سماعة فى العدلين.

ولو قال للخيّاط: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا، فلك نصف درهم، فالشرط الأول صحيح فى قول أبى حنيفة رحمه الله، حتى إنه لو خاطه فى اليوم الأول وجب له درهم، والشرط الثانى فاسد حتى لو خاطه فى اليوم الثانى، يجب أجر المثل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشرطان جائزان حتى لو خاطه فى اليوم الأول فله درهم، ولو خاطه فى اليوم ،الثانى فله نصف درهم.

١٣٦٥٥-وقال زفر رحمه الله: الشرطان باطلان، هكذا ذكر المسألة فى "الجامع الصغير"، وذكر فى إجارات "الأصل": إذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا ليخيط له قميصًا، وقال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم، وذكر الخلاف على نحو ما ذكر فى "الجامع الصغير"، حكى عن الفقيه أبى القاسم الصفار رحمه الله: أنه قال: الصحيح موضوع ما ذكر فى "الجامع الصغير"، أما على ما هو موضوع كتاب الإجارات ينبغى أن تفسد الإجارة فى اليوم والغد جميعًا بلا خلاف،

ووجه ذلك أن هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد، ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد الإجارة.

بيانه أن قوله: وإن لم تفرغ منه اليوم ليس بإجارة على حدة؛ لأنه مما لم يبتدأ به الإجارة، فيكون شرطًا مشروطًا فى الإجارة المضافة إلى اليوم، وأنه شرط فاسد؛ لأنه يوجب تغيير الأجر الواجب فى اليوم إلى النقصان؛ لأنه متى خاط نصف الثوب فى اليوم مثلا يجب نصف الأجر قضية للعقد المضاف إلى اليوم، وإذا لم يخط الباقى فى اليوم يصير أجر ذلك النصف ربعًا بعد أن كان نصفًا، فهو معنى قولنا هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد، بخلاف قوله: إن خطته اليوم، فلك درهم وإن خطته غدًا، فلك نصف درهم لأنهما إجارتان؛ لأن قوله: وإن خطته غدًا مما يبتدأ به الإجارة، ولم يشترط فى إحداهما شرط فاسد، فعلم أن الصحيح موضوع ما ذكر فى "الجامع الصغير".

فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبينما إذا قال له: إن خطته تركية أو قال رومية، فلك درهم، وإن خطته فارسية، فلك نصف درهم، فإن هناك يجوز الشرطان بلا خلاف.

والفرق: أن فى مسألة اليوم والغد علقا استحقاق نصف درهم بفوات العمل فى اليوم، وبوجود العمل فى الغد؛ لأن كلمة إن للشرط، وتعليق الأجرة بالعمل فى الغد إن كان يصح؛ لأنه تعليق البدل بإيفاء المعقود عليه، فتعليقها بفوات العمل لا يصح كتعليقها بشرط آخر، فأما فى اليوم استحقاق الأجرة معلق[1] بإيفاء المعقود عليه، وهذا لا يوجب فساد العقد، وفى التركى والفارسية ما علق الأجر بفوات شىء، ولا بوجوده، فإنه يقدر أن يشتغل للحال بأىّ عمل شاء، فيصير الأجر معلومًا، أما فى مسألة اليوم والغد: لا يقدر أن يشتغل بالعمل فى الغد إلا بفوت اليوم، وفوات العمل فى اليوم، فيتعلق استحقاق نصف درهم بالشرط، فيفسد العقد، فيجب أجر المثل فى اليوم الثانى، فإن خاطه فى الغد، فله أجر مثله لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، فهذا يشير إلى أنه يجوز أن يزاد على نصف درهم، فهو رواية "الأصل" و"الجامع الصغير".

وروى ابن سماعة: عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله: أن له أجر مثله، لا

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "متعلق" مكاان "معلق".

يزاد على نصف درهم، فصار عن أبى حنيفة رحمه الله فى المسألة روايتان، وصحح القدورى رواية ابن سماعة رحمه الله، ولو خاطه فى اليوم الثالث، فله أجر مثله فى قولهم جميعًا، واختلفت الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك، روى عنه أنه لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، وروى عنه رواية أخرى أنه لا يجاوز به نصف درهم، وينقص عن نصف درهم إن كان أجر مثله أقل من نصف درهم، واختلفت الروايات فى ذلك عنهما أيضًا، قال القدورى رحمه الله فى شرحه: والصحيح عندهما أنه ينقص عن نصف درهم، ولايزاد عليه.

١٣٦٥٦-ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا، فلا أجر لك، قال محمد رحمه الله فى "الإملاء": إن خاطه فى اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه فى اليوم الثانى، فله أجر مثله لا يزاد على درهم فى قولهم جميعًا؛ لأن إسقاط الأجر فى اليوم الثانى لا ينفى وجوبه فى اليوم الأول، وبقى التسمية[1] فى اليوم الثانى لاينفى أصل العقد، فكان فى اليوم الثانى عقدًا لا تسمية فيه، فيجب أجر المثل.

هذا الذى ذكرنا إذا جمع بين الأمرين، فأما إذا أفرد العقد على اليوم، بأن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، ولم يزد على هذا، فخاطه فى الغد هل يستحق الأجر؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى شىء من الكتب، وكان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول: إن على قولهما: يستحق أجر المثل متى خاط فى الغد بلا شبهة وشك؛ لأن ذكر اليوم عندهم حالة الانفرد للاستعجال لا للتوقيت، ولهذا صحت هذه الإجارة عندهما حالة الانفراد على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وإذا كان ذكر الوقت حالة الانفراد عندهما للاستعجال لا للتوقيت كان العقد ثابتًا فى الغد على قولهما بلا شك، فيكون عاملا بحكم الإجارة، . فيستحق الأجر، إلا أنه يستحق أجر المثل دون المسمى؛ لأن المستأجر إنما شرط له الدرهم بإزاء خياطة معجلة فى اليوم، وقد أتى بخياطة مؤجلة، والخياطة المؤجلة انقص عن الخياطة المعجلة من حيث المعنى، فكأنه أتى بما أمر به فى الغد، ولكن خالفه فى صفة من أوصاف ما أمر به، ولو كان كذلك كان لصاحب الثوب أن يعطيه أجر المثل دون المسمى حتى يدفع ضرر النقصان

---

(١) هكذل فى ظ، م، وكان فى الأصل: "وبقى القسمة" وفى م: "وفى التسمية"... إلخ.

عن نفسه، كذا هنا.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلقائل أن يقول: بأنه لا أجر له متى عمل في الغد؛ لأن أبا حنيفة رضي الله عنه يجعل ذكر اليوم للتوقيت حالة الانفراد، حتى قال بفساد هذه الإجارة؛ لأنه باعتبار التوقيت تكون الإجارة منعقدة على تسليم النفس في المدة، وباعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل، فيصير المعقود عليه مجهولا.

وإذا ثبت هذا من مذهبه حالة الانفراد فنقول بأحد الاعتبارين، وهو اعتبار العقد على العمل يجب الأجر إذا عمل في الغد، وباعتبار الآخر وهو التاقيت لايجب الأجر؛ لأنه لم يبقَ العقد، وأنه لم يكن واجبًا، فلا يجب بالشك والاحتمال.

ولقائل أن يقول: بأن عليه الأجر؛ لأن العقد منعقد في اليوم، أي الأمرين ما اعتبرنا إلا أن بأحد الاعتبارين يبقى في الغد، وباعتبار الآخر لا يبقى، والعقد كان ثابتًا، فلا يرتفع بالشك، وإذا بقي العقد كان عاملا في الغد بحكم العقد، إلا أنه يجب أجر المثل؛ لأن العقد في الغد يبقى بوصف الفساد؛ لأنه يبقى من وجه دون وجه، ومثل هذا يوجب فساد العقد، كما في بيع المعاوضة إذا هلك أحد البدلين فإنه يبقى العقد [له][1] ولكن بوصف الفساد كذا ههنا، فكأن المنافع في الغد مستوفاة بحكم عقد فاسد، فيجب أجر المثل.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٦٥٧-إذا جمع في عقد الإجارة بين الوقت والعمل، قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل استأجر خبازًا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيق هذا اليوم بدرهم، فهو فاسد، وفي إجارات "الأصل": عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه جائز، هما يقولان: بتصحيح[2] العقود واجب ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل العقد واقعًا على العمل، وهو الخبز، فيكون أجير مشترك، وهذا لأن أوقع العقد على العمل

(١) هكذا في الأصل.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "تصحيح العقود واجب".

ابتداء.

وقوله: اليوم وإن كان ذكر الوقت[1] إلا أنه يحتمل أنه أراد به إيقاع العقد على المنفعة، فيكون أجير وحدٍ، فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه، ويحتمل أنه قصد بذكر الوقت الاستعجال لا إيقاع العقد على المنفعة، فيبقى أجير مشترك، فيصح العقد، فيحمل ذكر اليوم على سبيل الاستعجال تصحيحًا للعقد بقدر الممكن، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: المعقود عليه مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.

بيانه: أن ذكر الوقت يدلّ على أن المعقود عليه المنافع، إذ الوقت يختص بتقدير المنافع، وذكر العمل فى الابتداء يدل على أن المعقود عليه العمل، والجمع بينهما غير ممكن؛ لأن العمل متى صار معقودًا عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل، ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب تسليم النفس، وأغراض الناس مختلفة، فجهل المعقود عليه، وأنه يوجب فساد العقد.

وقولهما: بأن ذكر الوقت للتعجيل فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون الغرض هو التعجيل، وقد يكون الغرض إيقاع العقد العقد على المنفعة، فلا يترجح أحدهما مع المماثلة فى الرغبة من غير دليل.

١٣٦٥٨-وفى إجارات "الأصل": إذا استأجر الرجل من آخر ثورًا ليطحن عليه كل يوم عشرين قفيزًا، فهذه الإجارة جائزة، ولم يذكر فيها خلافًا، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا الجواب يجب أن يكون قولهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ينبغى أن تفسد الإجارة على قياس مسألة الخبز؛ لأنه جمع بين الوقت والفعل فى المسألتين جميعًا، فكان المعقود عليه مجهولا، ومنهم من قال: لا، بل هذه الإجارة جائزة على قول الكل، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الخبز.

والفرق هو أن ذكر مقدار العمل فى باب الطحن فى العُرف والعادة لا يكون تعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقودًا عليه مع الوقت، فيوجب فساد الإجارة للجهالة، وإنما لبيان قوة الدابة، ومبلغ عمله، وإذا كان لهذا يذكر فى العرف والعادة، بقيت

---

(١) وكان فى الأصل: "التوقيت".

الإجارة على الوقت، فجاز عندهم جميعًا.

فأما في الخبّاز[١] مقدار العمل لا يذكر عرفًا وعادةً لبيان قوة الخيار، ومبلغ عمله، وإنما يُذكر لتعليق العقد بالعمل، وصيرورته[٢] معقودًا عليه، فيصير جامعًا بين الوقت والعمل، فيصير المعقود عليه مجهولا، فأوجب فساده حتى إن في مسألة الخباز لو كان يذكر مقدار العمل لبيان قوة الخباز، ومبلغ عمله يقول بجواز الإجارة على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي مسألة الطحن لو كان يُذكر مقدارًا لعمل لتعليق العقد به، نقول: بأنه لاتجوز الإجارة على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي "الأصل" أيضًا: لو شرط على الخبّاز[٣] أن يخبز له هذه العشر المخاتيم دقيق، وشرط عليه أن يفرغ عنه اليوم، تجوز هذه الإجارة عندهم جميعًا، وإن ذكر الوقت والعمل، فأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى.

والفرق أن في مسألة الفراغ اليوم ما ذكر مقصودًا، وإنما ذكر لإثبات صفة في العمل، وهو الفراغ منه في اليوم، وصفة العمل تبع له، والعمل لا يصح معقودًا عليه مقصودًا، فكذا ما ذكر لأجله من اليوم لا يصح معقودًا عليه مقصودًا، فتعين العمل مقصودًا عليه، فجاز بمنزة ما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خبّاز، فإن الكتابة والخبّازة لا يجعل معقودًا عليه مقصودًا حتى لا يكون بإزاءها ثمن؛ لأنها ذكرت صفة للعبد، فكانت تبعًا، فكذا ههنا.

فأما في تلك المسألة اليوم إنما ذكر لإثبات صفة في العمل، فكان مذكورًا مقصودًا كالعمل، وقد أضيف العقد إليهما إضافة على السواء، وليس أحدهما[٤] بأن يجعل مقصودًا عليه بأولى من الآخر، فيصير المعقود عليه مجهولا.

١٣٦٥٩-قال في "الأصل" أيضًا: وإذا دفع الرجل عبده إلى حائك يعلّمه

(١) هكذا! في ظ، وكان في الأصل وم: "الخيار".

(٢) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "وبصيرورته".

(٣) وكان في جميع النسخ: "الخيار".

(٤) هكذا في بقية النسخ، وكان في الأصل: "وليس لأحدهما".

النسج، وشرط عليه أن يحذقه فى ثلاثة أشهر بكذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأن التحذيق ليس فى وسعه، وكان ينبغى أن يجوز هذا العقد على قولهما، وإن لم يكن التحذيق فى وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة، كما لو استأجره يومًا ليبيع ويشترى له، فإنه يجوز وإن لم يكن ذلك فى وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة.

والجواب: وهو أن الأصل فى جنس هذه المسائل عندهما أن العقد على المدة إنما يصح عندهما إذا ذكر مع المدة نوعا من العمل معلومًا فى نفسه، كما فى البيع والشراء، فإنه معلوم فى نفسه، إلا أنه من غير ذكر المدة لا يجوز العقد؛ لأن من غير ذكر المدة العقد يقع على العمل، والعمل ليس فى وسعه، وإذا ذكر المدة فالعقد يقع على تسليم النفس فى المدة لهذا العمل، وذلك فى وسعه.

قلنا: والتحذيق ليس بمعلوم فى نفسه، إذ ليس له حد يعرف به، لا للأقصى ولا للأدنى، وإذا لم يكن معلومًا فى نفسه صار ذكره والعدم بمنزلة، ولو انعدم ذكر العمل أليس أنه لا يجوز الإجارة، والأصل عند أبى حنيفة رحمه الله إذا جمع بين الوقت والعمل فى عقد الإجارة إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه يصلح معقودًا عليه حالة الانفراد للوقت والعمل.

أما إذا ذكر العمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد، بيانه فيما ذكر فى باب آخر: إجارة البناء إذا تكارى رجل رجلا يومًا إلى الليل ليبنى له بالجص، والآجر بلاخلاف، وإن جمع بين الوقت والعمل؛ لأنه ما ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه، فإنه لم يبين مقداره، وما لم يكن مقدار العمل معلومًا لا يجوز إفراد العقد عليه، فالعقد انعقد على المدة، وكان ذكر البناء لبيان نوع العمل حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه، بأن بيّن مقدار البناء لا تجوز الإجارة عند أبى حنيفة رحمه الله.

١٣٦٦٠-وفى آخر إجارات "الأصل": إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزًا إلى الليل، فهو فاسد، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وهذا الجواب مستقيم على قول أبى حنيفة؛ لأنه جمع بين الوقت وبين العمل، وكل واحد منهما يصلح معقودًا عليه حالة الانفراد مشكل على قولهما، فقد ذكرنا قبل هذا فى

جنس هذه المسألة أن على قولهما: العقد جائز، فمن مشايخنا من قال: بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة رحمه الله، إذ لايتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل، ومنهم من قال: ما ذكره في هذه المسألة قياس قولهما، وما ذكر فيما تقدم استحسان على قولهما، إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل -والله أعلم بالصواب-.

١٣٦٦١-قال محمد رحمه الله في "إملاءه": قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اكترى إبلا إلى مكة على أن يدخل إلى عشرين ليلة كل رحلة[1] بعشرة دنانير، ولم يزد على هذا، فالإجارة جائزة، فإن وفى بالشرط أخذ الأجر الذي شرط له، وإن لم يفِ بالشرط فله أجر مثله، لايزاد على ما شرط له، هو قول أبي يوسف[2] ومحمد رحمهما الله.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله في الرجل يستأجر الدابة إلى الكوفة أياماً مسمّاة، أو قال: استأجرتك اليوم لتخيط هذا القميص، فالعقد فاسد، فرواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تخالف رواية محمد رحمه الله عنه.

قال الكرخي: وليس في المسألتين اختلاف الرواية، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع رواية محمد: أنه ابتدأ بذكر العمل والسير، فيكون المقصود هو العمل، وذكر المدة بعد ذلك للاستعجال، فكان المعقود عليه معلومًا، وهو العمل، فيجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله، فبعد ذلك إذا عجّل فقد وفى بالشرط، فاستحق المسمى، وإذا لم يعجل فلم يفِ بالشرط، فيجب أجر المثل.

وموضع رواية محمد رحمه الله أنه ذكر المدة أولا، فعلم أن المدة مقصودة بالعقد، وذكر العمل وأنه يصلح مقصودًا أيضًا، فكان المعقود عليه مجهولا عند أبي حنيفة رحمه الله، فلم يجز.

وقد ذكرنا في أول هذا الفصل مسألة الجامع الصغير، وهي ما إذا استأجر خبّازا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيق هذا اليوم أنه فاسد على قوله، وإن ابتدأ بذكر العمل،

---

(١) هكذا في م وكان في الأصل وظ: "بعير" مكان "رحلة".

(٢) وكان في الأصل: "قول أبي حنيفة" مكان "قول أبي يوسف" وهو خطأ.

فعلم أن ما ذكره الكرخى ليس بصحيح، وأن فى المسألة روايتين على قول أبى حنيفة رحمه الله، وقد قيل: الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله على الفساد، سواء ابتدأ بذكر المدة أو لم يذكر العمل إذا لم يتم العقد على المذكور أولا، بأن لم يذكر الأجر معه، فأما إذا تمّ العقد على المذكور أولا بأن ذكر الأجر معه، ثم ذكر الثانى لا يفسد العقد عند أبى حنيفة رحمه الله، سواء ابتدأ بذكر العمل، أو لم يذكر المدة.

وصورة ذلك: إذا قال للخبّاز: استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لى كذا، وقال: استأجرتك على أن تخبز لى كذا بدرهم اليوم، فهذه الإجارة جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله فى الوجهين جميعًا.

١٣٦٦٢-ولو قال: استأجرتك اليوم على أن تخبز لى كذا بدرهم، أو قال: استأجرتك على أن تخبز اليوم كذا بدرهم، فهذه الإجارة عند أبى حنيفة لا تجوز فى الوجهين جميعًا، وهذا لأنه إذا لم يذكر الأجر مع الأول، وإنما ذكر الأجر بعد ذكرهما، فقد قابل الأجر بشيئين، كل واحد منهما يصلح معقودًا عليه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان المعقود عليه مجهولا، ففسد العقد عنده.

وأما إذا ذكر الأجر مع الأول، فقد تمّ العقد، وتعين[1] الأول مراد من العقد بتمام العقد، فالثانى لا يصلح من إجماله، ويكون ذكر الثانى إما لتعين العمل، أو للتعجيل، فلايفسد العقد عنده.

وروى محمد عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه إذا قال فى اليوم، يجوز كيف ما كان، بخلاف ما إذا قال: اليوم، وهذا لأن بقوله فى اليوم يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال؛ لأن فى للظرف، والمظروف قد يشغل جزءً من الظرف لا جميعه، فلم يصلح ذكر اليوم مع حرف فى لتقدير العمل به.

١٣٦٦٣-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا تقبل الرجل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى اثنى عشر يوم بكذا، فلم يحمله فى اثنى عشر يومًا، بل حمله فى أكثر من ذلك، قال: لا يلزمه الأجر، كمن استأجر رجلا على أن يخيط ثوبه فى يومه بدرهم، فخاطه فى الغد، وهذا الجواب مستقيم على قول أبى حنيفة رحمه

(١) هكذا فى ظ، م، وكان فى الأصل: "وتصير" مكان "وتعين".

الله، غير متسقيم على قولهما؛ لأن من أصلهما أن العقد في مثل هذا يقع على العمل دون الوقت -والله أعلم بالصواب-.

الفصل السابع
فى إجارة المستأجر

١٣٦٦٤-قال محمد رحمه الله: وللمستأجر أن يؤاجر البيت المستأجر من غيره، فالأصل عندنا أن المستأجر يملك الإجارة فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به، وهذا لأن الأجرة لتكميل المنفعة، والمستأجر فى حق المنفعة قام مقام الآجر، فكما صحت الإجارة من الآجر يصح من المستأجر أيضًا، فإن آجره بأكثر مما استأجر به من جنس ذلك، ولم يزد غير الدار شيئًا، ولا أجر معه شيئًا آخر من ماله مما يجوز عقد الإجارة عليه، لا تطيب له الزيادة عند علمائنا رحمهم الله، وعند الشافعى رحمه الله تطيب له الزيادة، حجته فى ذلك أن هذا ربح ما قد ضمن، فتطيب له، كما فى بيع العين، فإنه إذا اشترى شيئًا، فباعه بأكثر م اشترى بعد القبض، فإنه يطيب له الربح؛ لأنه ربح ما قد ضمن، فكذا هنا.

بيانه: أن الضمان من حكمم القبض، وقبض المستأجر الثانى بمنزلة قبض المستأجر الأول، ولهذا وجب الأجر على الأول، كما لو حدثت المنافع فى قبضه، وإذا ناب قبض الثانى عن قبض الأول، كانت المنافع حادثة فى ضمان الأول، فيكون ربح ما قد ضمن من وجه، وربح ما لم يضمن من وجه، فيحل من وجه، ولا يحل من وجه، فيرجح جانب الحرمة احتياطًا.

بيانه: أن قبض الثانى قبض الأول حكمًا، فإن الأجرة تجب عليه، وليس بقبض الأول حقيقةً، فإن المنافع لم تحدث فى يد الأول حقيقةً، فالقبض وجد من وجه، ولم يوجد من وجه، والضمان حكم القبض، فيكون ثابتًا من وجه، غير ثابت من وجه.

ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدًا قيمته ألف درهم بألف درهم، فقتل قبل القبض خطأً، فاختار المشترى اتباع القاتل، وأخذ منه ألفى درهم، فإنه يتصدق بألف درهم؛ لأنه ربح ما لم يضمن من وجه، وربح ما قد ضمن من وجه؛ لأن القبض وجد من حيث الحكم لما اختار اتباع القاتل، ولهذا تأكد عليه الثمن، كما لو قتل بنفسه، ولكن

من حيث الحقيقة لم يوجد القبض، فلما وجد القبض من وجه دون وجه، كان الضمان الذى هو حكم القبض ثابتًا من وجه دون وجه، فيحل من وجه دون وجه، فلا يحل احتياطًا.

وأما إذا زاد فى الدار شيئًا، بأن جصّصها، أو طيّنها، أو ما أشبه ذلك، أو آجر مع ما استأجر شيئًا من ماله، يجوز أن يعقد عليه عقد الإجارة، تطيب له الزيادة؛ لأن زيادة الأجر تجعل بإزاء منفعة الزيادة، وبإزاء ما آجر من ماله احتيالا للطيبة، وإن كان لا يقتضيه ذلك بمطلق الانقسام، كما لو باع درهمًا ودينارًا بدرهمين ودينارين، يصرف الجنس إلى خلاف الجنس احتيالا للصحة، وإن كان مطلق الانقسام لا يقتضى ذلك، فكذلك هنا، وإذا صرفنا إلى ذلك لا تبقى زيادة الأجر ربحًا حتى يكون ربح ما لم يضمن من وجه.

وكذا إذا أجره بجنس آخر، تطيب له الزيادة؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس، وذكر الخصاف فى "كتاب الحيل": أنه إذا كان للمستأجر دار، فكسبه من التراب، ثم أجرها بأكثر مما استأجر، لا تطيب له الزيادة، وإن أجرها بأكثر مما استأجر، وقال عند الإجارة: على أن أكبس الدار، يطيب له الفضل، ذكره شيخ الإسلام رحمه الله فى "شرح كتاب الحيل".

وإن كان للمستأجر أرضًا، فعمل لها مسناة، فذلك زيادة، ويطيب له الفضل، قال: وكذلك كل ما عمل فيها عملا يكون قائمًا، فذلك زيادة، ويطيب له الفضل، وإن كرى أنهارها، ذكر الخصّاف أنها زيادة توجب طيبة الفضل، قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله: أصحابنا فى هذا متردّدون، بعضهم يعدّون هذا زيادة، وقالوا: يتيسر على المستأجر أجر الماء إليها، ويسهل العمل فيها، فكان ذلك زيادة، وبعضهم لا يعدون هذا زيادة؛ لأنه لم يوجد إلا رفع التراب، وذلك نقصان، وليس بزيادة.

ولو أجاز أن يطيب الزيادة بهذا لجاز أن يقال: إذا استأجر دابة وأعطاها شعيرًا أنه تطيب ه الزيادة؛ لأن ذلك مما يزيد فى قوتها، وييسر على المستأجر العمل بها، ومع هذا لا يطيب الزيادة بذلك بالاتفاق، وهو نظير ما لو استأجر أرضًا لا يمكن زراعتها لما فيها من التراب، فوقع التراب، ثم أجرها بأكثر مما استأجر، فإنه لا يطيب الفضل، وإن تيسر

بسبب هذا الفعل الزراعة، لكن لما لم يزد من عنده شيئًا، بل نقص لم يوجب ذلك طيبة الزيادة، كذا هنا.

١٣٦٦٥-وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا استأجر الرجل بيتين صفقة واحدة، وزاد في أحدهما شيئًا، وفي بعض النسخ: وأصلح من أحدهما شيئًا له أن يؤاجرهما بأكثر مما استأجرهما، ولو كانت الصفقة متفرقة ليس له أن يؤاجرهما بأكثر مما استأجرهما.

١٣٦٦٦-وإذا آجر المستأجر الدار من أجره، لا يجوز؛ لأنه لو جاز يصير الشخص الواحد مملكًا ومتملكًا في شيء واحد، بيانه: أن المنافع إنما تصير مملوكة للمستأجر على حسب حدوثها، والعقد في حق الملك يتجدد انعقاده على حسب حدوث المنافع، فيصير المستأجر من الآجر متملكًا ومملكًا لكل منفعة حدثت في تلك الحالة، وهذا مما لا وجه له، ولا سبيل إليه، فهل تنفسخ الإجارة الأولى بهذه الإجارة الثانية مع أن الثانية لم تصح؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: تنفسخ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا غلط؛ لأن الثاني فاسد، والأول صحيح، والفاسد لا يقدر على رفع الصحيح، وعامتهم على أنه لا تنفسخ الأولى بالثانية، ولكن إذا قبض الآجر الأول المستأجر عن المستأجر الأول، حتى انتهت مدة الإجارة الأولى، تنتهي الإجارة الأولى؛ لأن الثانية فاسخة لها، ولكن لأن المنافع تحدث ساعة فساعة، وعلى حسب الحدوث يقع التسليم إلى المستأجر، فإذا استأجرها الآجر من المستأجر ثانيًا، واستردها منه، فذلك يمنع عن تسليم ما يحدث إلى المستأجر، فإذا داما على ذلك حتى انتهت المدة، فقد انتهت المدة من غير تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه، فتنفسخ الإجارة الأولى ضرورة، حتى إن بعد مضي بعض المدة لو استردّ المستأجر الأول المستأجر من الآجر الأول، وأراد أن يسكنه بقية الشهر، فله ذلك؛ لأن العقد الأول إنما انفسخ في قدر ما تلف من المنفعة، وبقدر ما بقي من المنفعة هو على حاله.

وكذلك على هذا حكم الأجرة إذا أخذ الآجر الأول المستأجر من المستأجر الأول بحكم هذه الإجارة، ودام على ذلك حتى انتهت المدة، فلا أجر على المستأجر الأول، وإن لم يقبضه منه فعلى المستأجر الأول الأجر.

١٣٦٦٧-قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: ذكر في كتاب المزارعة: إذا دفع أرضه مزارعة، ثم إن رب الأرض أخذها مزارعة من المزارع، فالمزارعة الثانية باطلة، والأولى على حالها، كذا في الأجارة.

١٣٦٦٨-ولو أن المستأجر أعار المستأجر من الملك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ رحمهم الله.

١٣٦٦٩-وفي "المنتقى" إبراهيم عند محمد رحمهما الله: رجل استأجر دارًا من رجل، ثم إن المستأجر آجرها من صاحبها، أو أعارها منه، فذلك نقض للإجارة الأولى، ولو استأجر أرضًا، ثم دفعها إلى صاحبها مزارعة إن كان البذر من قبل رب الأرض لم يجز، وهذه مناقضة، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز، أما الكلام في فصل الإجارة والإعارة بناء على أنه لا جواز للإجارة الثانية والعارية إلا بعد فسخ الإجارة الأولى، فيتضمن إقدامه على العقد الثاني فسخًا للأول.

وأما الكلام في المزارعة فلأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض فهو مستأجر الأرض، فيتضمن إقدامه عليه فسخًا للإجارة الأولى.

وذكر ابن رستم في "نوادره" عن محمد: أنه لا يجوز دفع الأرض المستأجرة مزارعة إلى رب الأرض، سواء كان البذر من جهة رب الأرض أو من جهة المستأجر، ولو استأجر رب الأرض بالدراهم ليعمل في الأرض جاز.

١٣٦٧٠-وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمهما الله: رجل استأجر من آخر دارًا، أو أرضًا، زاد المستأجر فيها بناءً، ثم آجرها من الآجر، أو أعارها منه، كان هذا نقضًا للإجارة الأولى، قال في فصل الإجارة في "نوادر ابن سماعة": وعلى رب الدار حصة بناء المستأجر من الآجر، قال الحاكم الشهيد رحمه الله: وهذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء وحده.

١٣٦٧١-وفي "فتاوى الفضلي": استأجر من رجل دارًا إجارة طويلة، ثم آجرها من الآجر مشاهرة، لا تصح الإجارة الثانية، وما أخذه المستأجر الأول من الأجر الأول، فهو محسوب من رأس المال، والإجارة الأولى تنتقض في الشهر الأول من الإجارة الثانية.

صورته: دفع المستأجر إلى الآجر مثلا ديناراً، فلما استأجر الآجر من المستأجر مشاهرة دفع الآجر إلى المستأجر أجرة شهر مثلا ديناراً، فذلك الدينار بحسب ملك المائة، فأما فيما بعد الشهر الأول شك الفضلي رحمه الله في انتقاضها؛ لأن الإجارة الثانية وقعت على شهر واحد، ثم قال: كلما دخل شهر بعد شهر يجب أن ينتقض[1] الأولى؛ لأنه كلما دخل شهر انعقدت الإجارة الثانية، وهكذا قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي رحمه الله، وجعله نظير ما لو باع ثم باع، فإن الثاني يفسخ الأول، كذا ههنا، فقيل لركن الإسلام: هذا ليس نظير ما لو باع ثم باع؛ لأن هناك كل واحد من البيعين صحيح، فجاز أن ينفسخ الأول بالثاني، وهنا الإجارة الثانية فاسدة، فكيف تنفسخ الأولى بالثانية، فأشار ركن الإسلام إلى أنه يجوز أن يقع العقد فاسداً، ويوجب انتقاض عقد وقع صحيحًا.

فقال: ألا ترى أن المشتري إذا باع المشتري قبل القبض من بائعه، فهذا العقد لا يصح، ويوجب انتقاض العقد الأول على ما رواه خالد بن صبيح عن أبي يوسف رحمه الله، ورواية خالد بن صبيح مخالف لظاهر الرواية، قال في ظاهر الرواية: لا ينتقض البيع الأول بهذا البيع.

وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على أن المستأجر يملك الإجارة من المالك، وصورتها: الموصى له بغلة عبد بعينه إذا آجر العبد من أجنبي أو وارث الموصى أنه يجوز، ووجه الدلالة أن الوارث قائم مقام المورث، وحال الموصى له بالغلة كحال المستأجر، وإذا آجر المستأجر المستأجر من رجل، ثم إن المستأجر الثاني آجره من المالك، كان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله يحكى عن استاذه: أنه يجوز، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في "المنتقى" عن محمد رحمه الله.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ذكر ابن سماعة في "نوادره": عن محمد رحمه الله: أن الإجارة من المالك لا يجوز؛ سواء كان المستأجر الأول آجر بنفسه أو آجر مستأجره، قال رحمه الله: وعليه عامة المشايخ رحمهم الله.

١٣٦٧٢-الغاصب إذا آجر المغصوب من غيره، ثم إن المستأجر من الغاصب آجره

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: "يجب نقض الأولى".

من الغاصب، وأخذ منه الإجارة، كان للغاصب أن يسترد منه ما دفع إليه من الأجرة لوجهين: أحدهما: أن إجارة المستأجر من الغاصب جعل رداً للمغصوب، كما جعل بيع المشترى شراءً فاسدًا من بائعه ردًا للمشترى، الثانى: إن أجازه الغاصب انعقد، فيصير المستأجر من الغاصب آجراً من أجره، وأنه لا يجوز لفقه الذى روينا.

وعلى هذا المستأجر من المالك إذا آجر من غيره، ثم إن المستأجر الثانى آجره من المستأجر الأول لا يصح، وطريقه ما قلنا.

١٣٦٧٣-إذا استأجر كرمًا، ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى المؤاجر معاملة، فهذا على وجهين: إن كان المالك فى الإجارة باع الأشجار -كما هو أحد الطريقين- جاز، وإن كن دفع الأشجار معاملة -كما هو الطريق الآخر- لا يجوز، وإذا استأجر إجارة فاسدة، فآجر المستأجر من غيره إجارة صحيحة جاز، وإليه أشار فى إجارات الفقيه أبى الليث.

ومن المشايخ من قال: لا يجوز، واستخرج الرواية من مسألة ذكره فى كتب الإجارات فى باب إجارة الدور.

١٣٦٧٤-رجل دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمّها ولا أجر لها، فآجرها هذا المستأجر من رجل، وانهدم من سكنى الثانى، ضمن بالاتفاق؛ لأنه صار غاصبًا، فهذا إشارة إلى أن الإجارة الثانية لم تصح، ألا ترى أنه أوجب الضمان على الثانى، ألا ترى أنه سماه غاصبًا، وعامّة المشايخ رحمهم الله على أنه يملك، قالوا: وما ذكره فى كتاب الإجارات ليس برواية فى هذه المسألة؛ لأن ذلك ليس بإجازة، بل هو عارية، وهذا لأنه لم يذكر المرمة على سبيل الشرط؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط، إنما ذكر على سبيل المشورة إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، فكان الأول مستعيراً لا مستأجراً، والمستعير لا يملك أن يؤاجر وزان مسألتنا من ملك المسألة أن لو ذكر المرمة على سبيل الشرط.

ولو كان هكذا حتى كان العقد الأول إجارة فاسدة، لا يجب الضمان على الثانى، وتصح الإجارة من الثانى، وهذا لأن المستأجر إجارة فاسدة ملك المنفعة بقبض المستأجر، فيملك تمليكه من غيره ملكًا صحيحًا، كالمشترى شراءً فاسداً ملك التمليك من غيره.

ثم على قول من يقول: بأن المستأجر إجارة فاسدة يملك أن يؤاجر من غيره إجارة

صحيحة، إذا آجر كان للأول أن ينقض الثانى، كما إذا اشترى شيئًا شراءً فاسدًا، وآجره من غيره إجارة جائزة، بخلاف ما إذا اشترى شراءً فاسدًا، وباعه من غيره بيعًا صحيحًا.

والفرق أن الإجارة تفسخ بالأعذار ليرفع أما البيع مما لا يفسخ بالأعذار المستأجر، إذا آجر من غيره، أو دفع إلى غيره مزارعة، ثم إن المستأجر الأول فسخ العقد الأول، هل ينفسخ العقد الثانى؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، والصحيح أنه ينفسخ، اتحدت المدة، أو اختلفت؛ لأن فسخ الأول دلالة فسخ الثانى، وهو يملك فسخ الثانى، اتحدت المدة أو اختلفت، وأما إذا اختلفت فلأنه لما فسخ الإجارة الأولى تبين أن المستأجر فضولى فى الإجارة من الثانى فى هذ المدة، وهو المدة بعد فسخ الأولى، والفضولى فى المعاوضات المالية يملك الفسخ قبل الإجارة.

١٣٦٧٥-وفى "فتاوى الفضلى": استأجر الرجل من غيره موضعًا إجارة طويلة، ثم إن المستأجر آجره من عبد الآجر، فإن كان بغير إذن مولى العبد لم يحتسب على المستأجر ما أخذ من العبد من رأس ماله؛ لأنه ليس للعبد أن يفسخ الإجارة بغير إذن المولى، وأما إذا كان العبد استأجره بإذن المولى، فقد توقف الشيخ الإمام فيه، والصحيح أن يقال: استئجار العبد بإذن المولى كاستئجار المولى بنفسه، وقد مرّ الكلام فيه من قبل.

١٣٦٧٦-وفى "فتاوى أبى الليث": رجل آجر داره من رجل كل شهر بدرهم، ثم باعها من آخر، وكان المشترى يأخذ أجرة الدار من هذا المستأجر، وأتى على ذلك زمان، وقد كان وعد المشترى البائع أنه إن ردّ الثمن عليه رد عليه داره، ويحسب عليه ما قبض من المستأجر، ثم جاء البائع بالدراهم، وأراد أن يحسب الأجر من ذلك، قال: لما طلب المشترى الأجر من المستأجر كان ذلك إجارة منه، وصار بمنزلة إجارة مستقبلة، وجميع ما أخذ من الأجر للمشترى، وليس للبائع من الأجر لا قليل ولا كثير؛ لأن الأجر وجب بعقد المشترى على ما ذكرنا، ومواضعة[1] المشترى على ردّ الدار وعدٌ منه، فإن اتجر فحسن، وإلا فلا شيء عليه.

وإن كان الشرط فى البيع، فالبيع فاسد؛ لأنه شرط مخالف مقتضى العقد، الآجر إذا آجر المستأجر من رجل آخر لا تنعقد الإجارة الثانية فى حق الآجر حتى لو سقط حق

(١) هكذا فى الأصل وم وكان فى ظ: "ومواضقة".

المستأجر الأول، لا يلزم التسليم إلى المستأجر الثانى؛ لأن الإجارة تصادفت المنفعة، والمنفعة صادفت حقًا للأول، فالإجارة الثانية صادفت حق الغير، فلم تنعقد، والإجارة تخالف البيع، فإن بيع الآجر المستأجر، ينعقد نافذا فى حق البائع، حتى لو سقط حق المستأجر يلزمه التسليم إلى المشترى، إنما لا ينعقد فى حق المستأجر حتى لا يكون للمشترى حق الأخذ من المستأجر؛ لأن البيع يصادف الرقبة الرقبة، والرقبة لم تصر حقًا للمستأجر، فالبيع ما صادف حق المستأجر إنما صادف حق البائع، فانعقد صحيحًا، لكن لا يؤمر المستأجر بتسليمه إلى المشترى صيانة لحق المستأجر، فإذا سقط حق المستأجر، زال المانع، فعمل ذلك البيع عمله، ثم المشترى فى هذه المسألة بالخيار، إن شاء تربص حتى انقضت مدة المستأجر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى، ويطلب التسليم، هكذا ذكر فى "الزيادات"، ولم يفصل بينهما.

إذا علم المشترى[1] بكونه مستأجرًا، أو لم يعلم، وهذا قول محمد رحمه الله، وعلى قول بى يوسف رحمه الله إذا علم المشترى بكونه مستأجرًا لا يخيّر.

وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع، ولو أراد المستأجر فسخ هذا البيع، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى "الفتاوى الصغرى": أن فى ظاهر الرواية له ذلك، وفى رواية الطحاوى ليس له ذلك، وأحاله إلى رهن الجامع لشمس الأئمة الحلوانى رحمه الله.

وفى "شرح الإسبيجابى": أنه ليس للمستأجر حق الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وهكذا فى "شرح القدورى"، وفى "شرح الشافى" وفى رهن "الجامع" للسيد الإمام أبى شجاع.

وذكر شيخ الإسلام: أن فى المسألة روايتين فى رواية للمستأجر حق الفسخ، وهو القياس، وفى رواية ليس له حق الفسخ، وهو استحسان، وعليه الفتوى -والله أعلم بالصواب-.

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: "المستأجر".

الفصل الثامن
فى انعقاد الإجارة بغير لفظ
وفى الحكم ببقاء الإجارة، أو انعقاده مع وجود ما ينافيها

١٣٦٧٧-وإذا استأجر الرجل من آخر دارًا شهرًا، فسكنها شهرين، فعليه أجر الشهر الأول، وليس على فى الأجر الثانى أجر؛ لأنه سكن فى الشهر الثانى من غير إجارة من المالك، فكان غاصبًا، هكذا ذكر فى عامة روايات كتاب الإجارة، وذكر فى بعض الروايات: أنه يجب عليه الأجر فى الشهر الثانى أيضًا، قال مشايخنا: ما ذكر فى عامة الروايات محمول على ما إذا لم يكن الدار معدّة للاستغلال؛ لأنها إذا لم تكن معدة للاستغلال لا تثبت الإجارة فى الشهر الثانى، لا نصًا ولا عرفًا، وما ذكر فى بعض الروايات محمول على ما إذا كانت الدار معدّة للاستغلال، فالعقد فى الشهر الثانى، إذا لم يثبت نصًا، فقد ثبت عرفًا، والثابت عرفًا كالثابت نصًا.

١٣٦٧٨-وعن هذا قلنا: إذا سكن الرجل فى دار رجل ابتداء من غير عقد، فإن كان الدار معدّة للاستغلال يجب الأجر، وإن لم تكن معدة للاستغلال، لا يجب الأجر إلا إذا تقاضا صاحب الدار بالأجر، وسكن بعد ما تقاضاه؛ لأن سكناه حينئذٍ يكون رضا بالأجر، قالوا: وفى المعدة للاستغلال إنما يجب الأجر على الساكن إذا سكن على وجه الإجارة، عُرف ذلك عن بطريق الدلالة، أما إذا سكن بتأويل عقد، أو تأويل ملك، كبيت أو حانوت بين رجلين، سكن أحدهما فيه لا يجب الأجر على الساكن، وإن كان ذلك معدًا للاستغلال.

١٣٦٧٩-وذكر محمد رحمه الله فى باب إجارة الحمام: إذا استأجر حمامًا ليعمل فيه شهرًا، فعمل فيه شهرين، فلا أجر عليه فى الثانى، لأنه لا عقد فى الشهر الثانى، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله هذه المسألة دليل على أن فى مسألة الدار لايجب الأجر بدون العقد، وإن كانت الدار معد للاستغلال، ألا ترى أنه لم يوجب فى الحمام أجر الشهر الثانى، وإن كان الحمام معدًا للاستغلال والكراء.

قال شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده رحمه الله": الجواب في الحمام كالجواب في الدار، وما ذكر في الحمام محمول على ما إذا لم يكن الحمام معدًا للكراء، والإنسان قد يبني الحمام للكراء، وقد يبني لحاجة نفسه، ثم يؤاجره شهرًا بعارض آخر، وعلى هذا الاعتبار لاتكون مسألة الحمام مخالفة لمسألة الدار.

١٣٦٨٠-وفي "الفتاوى": خان نزل فيه رجل، يكون نزوله بأجر، ولا يصدق أنه سكن بغير أجر، وهذا بيان على أن الخان غالبًا يكون معدًا للكراء، فسكناه يكون رضا بأجر، وبه كان يفتي محمد بن سلمة وأبو نصر بن سلام والفقيه أبو بكر والفقيه أبو الليث، وكان نصير رحمه الله يقول: لا يجب الأجر بنزوله إلا أن يتقاضا غلته صاحب الخان، فإذا تقاضاه وأجابه، ولم يخرج الآن، يجب الأجر، ولكن من حين نزل؛ لأن إجابته بعد التقاضي دليل على أن سكناه كان بأجر.

وبعض مشايخ زماننا قالوا: الفتوى على لزوم الأجر؛ لأن الظاهر السكنى بأجر، فيجب اعتبار هذا الظاهر إلا إذا عرف بخلافه، بأن صرّح بأنه ترك بطريق الغصب، أو كان الساكن معروفًا بالظلم والغصب مشهورًا بالنزول في مساكن الناس، لا بطريق الإجازة، فحينئذٍ لا يجب الأجر.

وذكر بعد هذا ما يخالف هذا القول، فقال: رجل له حوانيت مستغلة، جاء إنسان، وسكن في واحد منها، يلزمه أجر المثل، ولو قال كنت غاصبًا لا يصدق؛ لأنه ادعى بخلاف الظاهر، فهو كمن دخل الحمام من غير أن يصرّح له صاحب الحمام بالإذن، ولو قال: دخلت على وجه الغصب لا يصدق.

وفي "الفتاوى" أيضًا: مقصرة يعمل فيها القصّارون ولرجل فيها أحجار، يؤاجرها منهم، جاء قصّار، وعمل فيها، ولم يشارط صاحب الأحجار بشيء، فإن لم يكن المعروف عندهم أن من شاء عمل عليها، وأدى الأجر، فلا أجر عليه إذا عمل بغير إذن رب الأحجار؛ لأنه لم يوجد العقد لا صريحًا ولا دلالة، وإن كان المعروف عندهم أن من شاء عمل عليها، وأدى الأجر، فعليه الأجر؛ لأن المعروف كالمشروط، ثم إن كان لهذا الحجر أجرة معروفة فيما بينهم، يجب ذلك، وإلا يجب أجر المثل.

١٣٦٨١-وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله: في صاحب الدار إذا قال

للغاصب : هذه دارى، فاخرج منها، فإن تركتها[١] فهى عليك بكذا، فجحدها الغاصب، ثم أقام المالك عليه البينة بعد أشهر، فلا أجر ؛ لأن النازل لم يزل جاحدًا، ومع الجحود لا يمكن القول بانعقاد الإجارة، ولو كان مقرًا بالدار للمدعى، والباقى بحاله كان سكناه رضا بالإجارة، ويجب الأجر ؛ لأن المالك آجر منه إجارة مضافة، وهو قد قبلها دلالة.

١٣٦٨٢-وفيه أيضًا : اكترى دارًا سنة بألف درهم، فلما انقضت السنة، قال رب الدار : فرغها اليوم، وإلا فهى عليك كل شهر بألف درهم، فإنما يجعل فى قدر ما ينقل متاعه بأجر المثل، فإن فرغها إلى ذلك الوقت، وإلا جعلناها بعد ذلك بما قال المالك ؛ لأنه قبل ذلك دلالة.

١٣٦٨٣-وفى إجارات "النوازل" : رجل استأجر حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم مثلا، فلما مضى شهران، قال له صاحب الحانوت : إن رضيت كل شهر بخمسة دراهم وإلا فأفرغ الحانوت، فلم يفرغ بل سكن فيه، فعليه بكل شهر خمسة، وسكناه رضا بما قال صاحب الحانوت، ولو قال المستأجر : لا أرضى بخمسة، وسكنها، لا يجب عليه الأجر الأول.

وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا قال لغيره : بكم تؤاجر هذه الغرارة شهرًا؟ فقال : بدرهمين، فقال المستأجر : لا، بل بدرهم، وقبضه، ومضى الشهر، يجب أجر المثل، لا يزاد على درهمين، ولا ينقص من درهم، والصحيح أنه يجب درهم ؛ لما ذكرنا.

١٣٦٨٤-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" : ومن رعى غنم إنسان إذا قال الراعى لصاحب الغنم : لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطينى كل يوم درهمًا، فلم يقل صاحب الغنم : شيئًا، وترك غنمه معه، لزمه لكل يوم درهم، وترك صاحب الغنم غنمه عنده رضا منه بما قاله الراعى.

١٣٦٨٥-وفيه أيضًا : رجل استأجر أجيرًا ليحفظ نهره كل شهر بكذا، ثم مات المستأجر، فقال الوصى للأجير : اعمل عملك على ما كنت تعمل، فأنا لا نحبس عنك الأجر، فأتى على ذلك أيام، ثم باع الوصى الضيعة، فقال المشترى للأجير : اعمل

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى "ظ" : نزلتها مكان تركتها.

عملك فإنا لا نحبس عنك الأجر ، فمقدار ما عمل الأجير في حياة الأول يجب للأجير في تركته ، ومن حين قال له الوصي : اعمل عملك يجب على الوصي ، ومن حين قال له المشتري : اعمل عملك يجب على المشتري ، إلا أن الواجب في تركة الميت المسمى لوجود التسمية منه ، والواجب على الوصي وعلى المشتري أجر المثل .

قال الفقيه : إنما يجب أجر المثل إذا لم يعلما مقدار المشروط من الميت ، أما إذا علما ذلك ، وأمراه أن يعمل على ذلك الشرط ، فعليهما المسمى .

١٣٦٨٦-وفيه أيضًا : رجل استأجر من رجل حمارًا بعشرة بعضها جياد ، وبعضها زيوف ، فقال المكاري في الطريق : أنا أطلب الكل جيادًا ، فقال المستأجر بالفارسية : چنان كنم كه تو خواهى ، فهذا وعدٌ منه ، ولا يلزمه بذلك شيء ، وكذلك لو استزاده في الأجر ، فأجاب بذلك .

١٣٦٨٧-قال في " الأصل " : وإذا استأجر دابة إلى مكان مسمى ، فمات صاحب الدابة في وسط الطريق ، كان للمستكري أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر ، فإذا وصل إلى ذلك المكان ، يرفع الأمر إلى القاضي ، وفي هذا الفصل إشكال ؛ لأن المكاري مؤاجر ، وموت المؤاجر يوجب انتقاض الإجارة ، وإنما لاينتقض الإجارة لأن الحال حالة العذر ، والإجارة تنعقد ابتداء بالعذر ، فإن من استأجر سفينة شهرًا ، فمضت المدة والمستأجر في وسط البحر ، فإنه تنعقد بينهما إجارة مبتدأة فلأن يبقى حالة العذر كان أولى .

وبيان العذر : أنه يخاف على نفسه وماله ؛ لأنه لا يجد دابة أخرى ، وفي وسط المفازة[1] ، ولا يكون ثمة قاضي حتى يرفع الأمر إليه ، فيؤاجر الدابة منه ثانيًا ، حتى قال مشايخنا رحمهم الله : لو وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليه متاعه ، تنتقض الإجارة ؛ لأنه لاضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء ، وهو موت الآجر ؛ لأنه لا يمكنه المرافعة إلى القاضي حتى يؤاجر الدابة منه ، نصّ على هذا في الشروط ، وإليه أشار في " الأصل " ، فإنه قال في غير هذه المسألة ، فإذا وصل ذلك المكان يرفع الأمر إلى القاضي ، فقد أخّر الأمر بالمرافعة إلى أن يصير إلى ذلك المكان ، ولو كان الموت في موضعين فيه

(١) هكذا في الأصل ، وكان في " ظ " : نزلتها مكان تركتها .

قاضٍ لم يكن لتأخير الأمر بالمرافعة معنى وفائدة .

ثم إذا ركب المستكرى الدابة إلى ذلك المكان ، واتفق عليها فى الطريق ، كان متبرعًا حتى لا يرجع على ورثة المكارى بذلك ، وكذلك إذا استأجر امستكرى رجلا يقوم على الدابة ، كان أجره على المستكرى ، ولا يرجع بذلك على ورثة المكارى ؛ لأن الإنفاق والاستئجار حصل بغير إذن الورثة ، وبغير إذن من يلى على الورث ، ثم إذا وصل إلى ذلك المكان رفع الأمر إلى الحاكم ؛ لأن الإجارة قد انفسخت لما وصل إلى ذلك المكان ، لأنه زال العذر لما وصل إلى ذلك المكان ، وإذا انقضت الإجارة بقيت دابة الغير فى يده بغير إجارة ، ويرفع الأمر إلى القاضى ليقضى القاضى بما هو الأصلح لورثة الميت ، فإن رأى القاضى الصلاح فى أن يؤاجر منه ثانيًا بأن عرف المستأجر ثقة أمينًا ، ورأى الدابة قوية حتى عرف أن الورثة يصلون عين[1] مالهم متى آجر منه ، فعل .

وإن رأى الصلاح فى بيع الدابة ، بأن اتهم المستأجر ، أو رأى الدابة ضعيفة ظاهرا يعلم أن الورثة لا يصلون إلى عين مالهم ، وإن وصلوا يلحقهم ضرر عظيم ببيع الدابة ، ويكون بيعه حفظًا للمال على الغالب لا قضاء على الغائب ، وإن كان المستأجر قد عجّل الأجر إلى رب الدابة ، وفسخ القاضى الإجارة ، وباع الدابة ، فادعى المستأجر ذلك ، فالقاضى يأمره بإقامة البينة على دعواه ؛ لأنه يدعى دين على الميت ، ومجرد الدعوى بدون البينة لا تكون معتبرة شرعًا ، وينصب وصيّا عن الميت حتى يسمع البينة ؛ لأن البينة لا تسمع إلا على الخصم ، وللقاضى ولاية نصب الوصى عن الميت .

ذكر محمد رحمه الله فى "السير الكبير" : مسألة السفينة إذا انقضت مدة الإجارة والسفينة فى وسط البحر ، ومسألة الزق الذى فيه الزيت إذا انقضت مدة الإجارة فى المفازة ، ولا يجد المستأجر سفينة أخرى ، أو زقًا آخر ، وأبى الآجر أن يؤاجر منه ، وقد حضرهم الإمام أن الإمام يجعل ذلك للمستأجر كل يوم بكذا بشرط أن تكون هذه الإجارة من الإمام .

وقد ذكر ابن سماعة رحمه الله فى "نوادره" : هذه المسألة عن محمد رحمه الله : ولم يشترط أن يكون المؤاجر هو الإمام ، بل شرط أن يقول المستأجر : استأجرت هذه

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "غير" مكان "عين" .

السفينة كل يوم بكذا، أو يؤاجر واحد من أصحابه ورفقاءه، فإن أبى الآجر بعد ذلك أن يعطيه السفينة، أو الزق، استعان المستأجر بأعوانه ورفقاءه، حتى يترك السفينة والزق عليه إلى أن يجد سفينة أخرى، أو زقًا آخر.

وإنما احتيج إلى إنشاء العقد فى هذه الصورة؛ لأن وضع المسألة أن صاحب السفينة أو صاحب الزق أبى الإجارة صريحًا، ومع إباءه ذلك صريحًا لا يمكن إثبات العقد دلالة، فلا بد من إنشاءه صريحًا، وبهذه المسألة تبيّن أن من سكن دار غيره لا يجب الأجر إذا كان صاحب الدار يأبى ذلك، وإن كانت الدار معدّة للاستغلال، إلا إذا استأجر الساكن بنفسه، فيقول: استأجرت كل شهر بكذا، ثم قال: ليس فى مسألة السفينة والزق اختلاف الروايتين، ما ذكر فى "السير": محمول على ما إذا حضر الإمام، وما ذكر فى "نوادر ابن سماعة رحمه الله": محمول على ما إذا لم يحضر الإمام.

١٣٦٨٨-وفى "الأصل": إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض رطبة قلعت، ولو انقضت مدة الإجارة، وفى الأرض زرع لم يدرك يترك فى يده إلى أن يستحصد بأجر المثل.

ولو مات الآجر والمستأجر فى وسط المدة، وفى الأرض زرع، يترك الأرض فى يد المستأجر أو ورثته بالأجر المسمى.

وفى "المنتقى": إذا انقضت الإجارة وفى الأرض رطاب، تركت فيها بأجر مثلها حتى يجز، وهو على أول جزة بدرك انقضاء الإجارة.

١٣٦٨٩-وقال فى الموت: إذا مات المؤاجر، وفى الأرض رطاب، تركت بالمسمى حتى يجز؛ لأن للجزة الأولى غاية معلومة، فصارت الرطبة نظير الزرع، وإنما اعتبرنا الجزة الأولى؛ لأن طريق الترك إما إبقاء ذلك العقد فى العصلين، كما ذهب إليه بعض المشايخ رحمهم الله؛ لأن القول بالانفساخ والتجديد من ساعته فى صورة العيب، وحاشا الشرع عن ذلك، وأما تجديد العقد فيها؛ لأن حكم البقاء فى هذا الباب يخالف حكم الابتداء؛ لأن العقد الأول إذا بقى يبقى المسمى، وإذا تجدد العقد يجب أجر المثل، وإذا اختلف الحكم، لا يكون عيبًا أو بقاء العقد فى الفصل الثانى، وتجديده فى الفصل الأول؛ لأن الحاجة فى الفصل الأولى إلى الابتداء، وفى الفصل الثانى إلى البقاء، وأما

ما كان فهو ضرورى، والثابت بالضرورة لايراعى فيه النهاية، فيقع على الجزة الأولى لهذا.

١٣٦٩٠-ومن هذا الجنس: إذ استأجر من آخر زقاقًا، وجعل فيها خلا، ثم انقضت الإجارة فى صحراء، جعل عليه بأجر مثله إلى موضع يجد فيه زقاقًا، ولو مات قبل مضى المدة، لايجعل عليه بأجر مثلها، لكنها يترك على الإجارة الأولى.

وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله: فى رجل استأجر أرضًا سنة، وزرعها، ثم اشتراها المستأجر، ورجل آجر حتى انقضت الإجارة، يترك الزرع فى الأرض حتى يستحصد، ويكون للشريك على صاحب الزرع أجر مثل نصف الأرض.

١٣٦٩١-وفى "الأمالى" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا انقضت مدة الإجارة والزرع بقل، فلم يختصموا فيه حتى استحصد، فله من الأجر بحساب ذلك، ولا يتصدق رب الزرع بالفضل، وإن انقضت مدة الإجارة ولم يخرج الزرع، فسخت الإجارة، وردت الأرض على صاحبها، فإن خرج بعد ذلك، ردت إلى صاحب البذر، فيكون له الزرع، وعليه أجر مثل الأرض، وكذلك لو لم يختصموا حتى يستحصده.

١٣٦٩٢-وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": إذا استأجر أرضًا وغرس فيها أشجارًا، ثم انقضى وقتها، فعلى المؤاجر قيمة الأشجار مقلوعة؛ لأن حق المستأجر أشجار مقلوعة؛ لأن لرب الأرض قلع أشجاره إلا أن يمنع عن ذلك دفعًا للضرر عن الغارس، كذا ذكر ها، والصحيح أنه إذا انقضت المدة، فلرب الأرض أن يطالب المستأجر بتفريغ أرضه إذا كان فيها غرس، بخلاف ما إذا كان فيها زرع، يترك؛ لأن لإدراك الزرع نهاية، ولا كذلك الغرس، وليس لرب الأرض أن يتملك الأشجار على الغارس إذا لم يكن فى قلعها ضرر، فأحسن بالأرض.

وفيه أيضًا: استأجر من آخر بيتًا ووضع فيه جباب خل، فانقضت مدة الإجارة، والمستأجر يأبى تفريغ الحانوت، فإن كان الخل بلغ مبلغًا لا يفسد بالتحويل، بل[1] يؤمر بالتحويل، وإن كان يفسد لا يؤمر بالتحويل، ويقال للمستأجر: إن شئت فرغ الحانوت،

---

(١) هكذا فى ظ، وحرف "بل" غير موجود فى الأصل وغيره.

وإن شئت فاستأجره منه إلى وقت إدراكه .

والمراد من قوله : استأجره منه الحكم بأجر المثل عليه لا الاستئجار ابتداء ببدل مسمى ؛ لأن هذا بمنزلة مدة نقل المتاع ، وتفريغ الدار ، والواجب هناك أجر المثل دون الإجارة ابتداء ، ولو مات المؤاجر والمستأجر قبل انقضاء المدة ، ولم يتيسر التفريغ يجب المسمى استحسانًا ، والقياس أن يجب أجر المثل ، كما بعد انقضاء المدة .

١٣٦٩٣-وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب ، فلم يرد المستأجر الدار ، بل سكن فيها سنة ، ثم حضر رب الدار لا يلزمه الأجر لما بعد انقضاء المدة ؛ لأنه سكنها بلا عقد .

١٣٦٩٤-ولو مات المؤاجر ، فسكنها المستأجر ، اختلف المشايخ فيه رحمهم الله ، منهم من قال : يجب الأجر ؛ لأن ماضى على الإجارة ، وليس بغاصب ، ومنهم من قال : هو غاصب فى الشهر الأول بعد الموت ؛ لأن الإجارة ثبتت صريحًا أو دلالةً ، وقد عدم الأمران ، ويلزمه الأجر فى الشهر الثانى إذا طلب صاحب الدار الأجر ، وقيل : إذا سكن بعد الموت أو بعد انقضاء المدة ، فلا أجر عليه قبل الطلب ، وإذا سكن بعد الطلب ، فعليه الأجر لما سكن بعد الطلب ، سواء كان فى الشهر الأول ، أو فى الشهر الثانى ، وذا القائل يقول : لا فرق فى هذا بين الدار المعدة للإجارة وغير المعدّة للإجارة ، إنما ذلك فى ابتداء السكنى على ما مر ، والأصح أنه يلزمه الأجر إذا كانت الدار معدة للاستغلال على كل حال .

١٣٦٩٥-وفى "الأمالى" عن محمد رحمه الله : رجل استأجر أرضًا بدرهم معلومة سنة ، وزرعها ، ثم مات المؤاجر قبل أن يستحصد الزرع ، واختار المستأجر المضى على الإجارة حتى يستحصد الزرع ، وبالأجر كفيل ، قال : لا يبرأ الكفيل من أجر ما بقى إلى أن يستحصد الزرع ، وكذلك لو لم يمت الآجر ، ولكنه مات المستأجر ، واختار به ورثته ترك الزرع فى الأرض حتى يستحصد ، لم يبرأ الكفيل من الكفالة ، فإن قال المؤاجر : لا أرضى إلا أن يكون الأجر على ورثة الميت ؛ لأن مال الميت لايفى بالأجر ، ليس له ذلك ؛ لأنها تركت على الإجارة الأولى ، والأجر فى الإجارة الأولى فى مال الميت ، وفى بالأجر أو لم يفِ .

ولو انقضت السنة[١] ثم مات المستأجر، والزرع بقل، واختار ورثته ترك الزرع بأجر المثل؛ فالأجر عليهم فى مالهم دون مال الميت -والله أعلم بالصواب-.

(١) هكذا فى ظ، م، وكان الأصل: "المدة".

الفصل التاسع
فيما يكون الأجر مسلماً مع الفراغ منه، وما لا يكون

قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل استأجر رجلا ليخبز له الخبز، فلما أخرج الخبز من التنور احترق من غير عمله، فلا ضمان عليه، وله الأجر، وهذا إذا كان الخبّاز يخبز في بيت المستأجر، وهذا لأنه لما أخرج الخبز من التنور، فقد أتم العمل؛ لأن عمله جعل الدقيق خبزًا، ومتى أخرجه من التنور صار منتفعًا به انتفاع الخبز، فتم عمله، وصار مسلمًا لقيام يد المستأجر على الخبز؛ لأن الخبز في بيته، والبيت في يده، فيثبت يده على الخبز ضرورة ثبوت يده على البيت، وإذا صار مسلمًا إليه، وجب الأجر، فإذا هلك بعد ذلك، فقد هلك بعد ما صار مسلمًا إلى المستأجر، فلهذا قال: فله الأجر، ولا ضمان عليه، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهم فلأنه هلك بعد التسليم.

وذكر القدوري في "شرحه" في هذه المسألة: أن عليه الضمان على قولهما؛ لأن العين مضمون على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته، ثم على ما ذكره القدوري إذا وجب الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق الخيار، إن شاء ضمنه دقيقًا مثل دقيقه، ولا أجر له، وإن شاء ضمّنه قيمة الخبز مخبوزا، أو أعطاه الأجر.

قال القدوري رحمه الله في "شرحه": ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما؛ لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان، فهو رماد لا قيمة له، وإن لم يخرج الخبز من التنّور حتى احترق، فلا أجر له؛ لأنه لم يتم عمله، فإنما عمل غير منتفع به، فصار كأنه لم يوجد أصلا، فلهذا ما وجب الأجر.

١٣٦٩٦-وفي "القدوري": إذا استأجر رجلا ليبني له بناء في داره، أو فيما هو في يده، أو يحفر له بئرًا، أو قناة في داره، أو نهرا، فعمله، ولم يفرغ من عمله حتى انهدم البناء، وانهارت البئر، فله من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن العمل بقدر ما عمل وقع

مسلمًا؛ لأن محل العمل في يد المستأجر، فيستحق الأجر، وإن كان ذلك في غير ملكه، ولا هو في يده، فلا أجر له حتى يفرغ منه، ويسلمه إليه؛ لأن التسليم لم يوجد، فإن العمل في المحل إنما يعتبر مسلمًا إلى المستأجر على تقدير كون المحل في يده، وقال الحسن بن زياد رحمهما الله: إذا أراه موضعًا من الصحراء ليحفر فيه بئرًا، فهو بمنزلة ما لو كان في ملكه ويده، قال: وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، فإنه ثبتت يده عليه بالتعين؛ لأنه ثبت له ضرب خصوصية، فيجعل بمنزلة الملك فيما بينهما، وعن محمد رحمه الله: أنه لا يصير قابضًا إلا بالتخلية، وهو الصحيح؛ لأنه وإن عيّن لم تثبت يده على المحل.

وفي "الأصل": يقول: إذا استأجر ليحفر له بئرًا في الجبانة، فحفرها، فلا أجر له حتى يسلمها إلى صاحبه.

قال مشايخنا رحمهم الله: إن محمدًا رحمه الله سلّم هذه الإجارة، ولم يشترط بيان موضع الحفر، قالوا: وهذه إشارة إلى أن بيان الموضع في غير ملكه ليس بشرط.

١٣٦٩٧-قال في "الأصل": وإذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنًا في داره، وعيّن الملبن، أو سمى ملبنًا معلومًا، فالإجارة جائزة؛ لأنه استأجره لعمل معلوم، وإن لم يعيّن الملبن، ولا سمى ملبنًا معلومًا، فإن كانت بلدة ملابينهم مختلفة، وكل الملابين في الاستعمال على السواء، فالإجارة فاسدة، وإن كانت بلدة لأهلها ملبن واحد، أو ملابين مختلفة، إلا أنه غلب استعمالهم لواحد منها، تجوز الإجارة؛ لأن الملبن معلوم في هذه الحالة عرفًا إن لم يكن معلومًا شرطًا، فإن لبنه وأصاب المطر اللبن فاسدة قبل أن يرفعه[1]، فلا أجر له، وإن كان يعمل في داره، فرّق بين هذا وبينما إذا استأجر خيّاطًا ليخيط له ثوبًا في داره، فخاط بعض الثوب، فسرق يستحق الأجر بقدره.

وكذلك إذا استأجر حفارًا ليحفر له بئرًا في داره، فحفر بعضه، فانهار استحق الأجر بقدر ما حفر، وكذلك إذا استأجر بنّاء ليبني له بناء في أرضه، فبنى البعض، فانهدم، فإنه يستحق من الأجر بقدره.

(١) هكذا في ظ، وكان الأصل وم: "يدفعه".

والفرق بين هذه المسائل وبين مسألة اللبن أن فى مسألة اللبن قدر ما وجد من العمل إن وقع مسلمًا إلى المستأجر من الوجه الذى صار مسلمًا فى تلك المسائل، إلا أن هذا القدر من العمل فى مسألة اللبن غير مقابل بالأجر؛ لأن الأجر مقابل بعمل التلبين، وهذا القدر من العمل من أعمال التلبين ليس بمعتبر؛ لأن للتلبين لم يتم بعد، ألا ترى أنه يحتاج إلى إحداث عمل آخر فيما عمل، وهو النصب والتسوية[1]، فيكون مايحدث به من العمل فيما عمل إتمامًا للعمل الأول؛ لأنه يحصى فى محل عمل الأول، فيكون إتمامًا لذلك العمل، وإذا لم يتم التلبين قبل النصب والإقامة، والأجر مقابل بالتلبين، لم يستحق شيئًا، وإن كان يعمل فى داره، كما لو استأجر خيّاطًا ليخيط له ثوبًا فى داره، فقطع الثوب، وقبل الخيط سرق الثوب، لا يستحق بإزاء ما عمل شيئًا، وإن وقع ذلك القدر مسلمًا؛ لأنه يعمل فى داره إنما كان كذلك؛ لأن الأجر مشروط مقابل بالخياطة، وما صنع ليس بخياطة إنما هو عمل من أعمال الخياطة.

١٣٦٩٨-وكذلك إذا استأجر رجلا ليخبز له دقيقًا معلومًا فى داره، فنحل الدقيق، وعجن، ثم سرق قبل أن يخبزه لا يستحق أجرًا، وكذلك لو احترق الخبز فى التنّور قبل إخراجه من التنور لا أجر له، وإن كان يخبز فى بيت المستأجر؛ لأن الأجر مقابل بالخبز، ولم يوجد الخبز، إنما وجد عمل من أعماله، فكذا فى مسألتنا.

بخلاف ما إذا خاط بعض الثوب؛ لأن القدر الذى أتى به خياطة، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى فعل آخر فيما خاط، فإنما يحتاج إلى إحداث فعل آخر فى محل آخر مثل الأول، وما يوجد من الفعل فى محل لا يكون إتمامًا لما وجد من الفعل فى محل آخر، وكذلك قدر ما حفر حفر تامّ، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى إحداث فعل آخر فيما حفر، وفى البناء كذلك، فإذا تمّ الفعل الذى صار به الأجر مقابلا، وقد وقع مسلمًا إذا كان يعمل فى داره، استحق الأجر بقدره.

وإن هلك بعد ذلك، فعلى قياس مسألة اللبن من هذه المسائل أنه لو أنه لو أصابه المطر بعد ما نصبه، وسواه عند أبى حنيفة رحمه الله وشرج وجمع على قولهما، ولو كان كذلك يستحق الأجر بقدر ما عمل إذا كان يعمل فى داره، كذا هنا.

---

(١) وفى الأصل: "والإقامة".

فأما إذا نصبه، وسوّاه بعد الجفاف، ولم يشرجه، فأصابه المطر، فأفسده، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لـه الأجر إذا كان يعمل فى داره، وعلى قولهما: لا أجر له ما لم يشرجه، وأجمعوا على أنه إذا كان يعمل فى دار نفسه لا يستحق الأجر، وإن وجدت هذه الأعمال ما لم يسلمه إلى المستأجر منصوبًا عند أبى حنيفة رحمه الله، ومشرّجًا عندهما.

وحاصل الخلاف بينهم أن التلبين بماذا يتم، قال أبو حنيفة رحمه الله: بالنصب والتسوية بعد الجفاف، وقالا: بهذه الأشياء وبالتشريج أيضًا.

١٣٦٩٩-وفى "القدورى": الخيّاط إذا خاط فى بيت المستأجر، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر؛ لأنه لا ينتفع به، وإن هلك، فلا ضمان عليه، فلم يوجب الأجر بخياطة بعض الثوب، وأنه يخالف ما ذكر فى "الأصل".

قال القدورى رحمه الله: وإن فرغ منه فله الأجر؛ لأنه صار مسلمًا للعمل، وعلى قولهما: إذا هلك قبل الفراغ من العمل، أو بعده قبل التسليم إلى المالك، فهو ضامن، فالمحل مضمون فى يد الأجير عندهما، فلا يخرج عن الضمان إلا بالتسليم إلى المالك، فإذا هلك كان صاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطًا، وأعطاه الأجر.

وفى "الأصل": إذا استأجر رجلا يضرب له لبنًا بملبن معلوم، ويطبخ له فى أتون المستأجر ببدل معلوم، فهو بمنزلة الخيار، وإخراجه من الأتون من تمام عمله حتى لو هلك قبل الإخراج بعد ما نضج، وكف عنه النار، فإنه لا أجر له؛ لأن غير اللبان لا يحبس إخراج ذلك من الأتون، فكان كإخراج الخبز من التنور، ولو هلك بعد ما أخرج من الأتون، فله الأجر، كما فى مسألة الخبز.

وهذا إذا كان يعمل فى در المستأجر، وأما إذا كان يعمل فى دار نفسه، فلا أجر له حتى يسلمه إلى المالك، كما فى مسألة الخبز -والله أعلم بالصواب-.

الفصل العاشر
فى جواز إجارة الظئر

القياس يأبى جواز إجارة الظئر؛ لأنها ترد على استهلاك العين مقصودًا، وهو اللبن، فهو بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجرة معلومة ليشرب لبنها، لكن جوّزناها استحسانًا لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾[1] وهذا العقد لا يرد على العين، وهو اللبن مقصودًا، وإنما يرد على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبى، واللبن يدخل فيه تبعًا لهذه الأشياء، ومثل هذا جائز، كما لو استأجر صبّاغا يصبغ له الثوب، فإنه جائز، وطريق الجواز أن يجعل العقد واردًا على فعل الصباغ، والصبغ يدخل فيها تبعًا، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودًا، وخرج على هذا فصل البقرة والشاة؛ لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودًا.

وإذا جازت هذه الإجارة ينظر بعد هذا إن لم يشترط فى عقد الإجارة أنها ترضع الصبى فى منزل الأب، ولم يكن العرف فيما بين الناس أنها ترضع الصبى فى منزل الأب، فلها الخيار، إن شاءت أرضعت الصبى فى منزل الأب، وإن شاءت أرضعته فى منزلها؛ لأنه إنما يستحق على الأجير ما شرط عليه، ولم يشترط عليها الإرضاع فى منزل الأب، لا نصًا ولا عرفًا، فلا يلزمها ذلك.

وإن شرط عليها الإرضاع فى منزل الأب، أرضعته فى بيت الأب، وكان ينبغى أن لايصح هذا الشرط؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه مطلق العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، والجواب: أن الثابت بهذا الشرط زيادة جودة فى المعقود عليه؛ لأن الإرضاع فى منزل الأب أجود للصبى من الإرضاع فى منزل الظئر؛ لأن الظئر يخشى من الأب فى منزله، فيحسن الإرضاع ما لا يحسن فى منزله، واشتراط زيادة الجودة فى المعقود عليه الذى لا يقتضيه مطلق العقد لا يفسد العقد، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب، أو اشترى بدراهم جياد.

(١) سورة الطلاق: الآية٦.

وكذلك إذا لم يشترط ذلك عليه صريحًا، لكن العرف الظهر فيما بين الناس أن الظئر ترضع الصبى فى منزل أبيه، لزمها ذلك؛ لأن المعروف فيما بين الناس كالمشروط .

١٣٧٠٠ -ولو ضاع الصبى من يدها، أو وقع فمات، أو سرق شىء من حلى الصبى أو ثيابه، فلا ضمان على الظئر، أما ضمان الصبى فلأنه ضمان آدمى، وضمان الآدمى لا يجب بالعقد، ألا ترى أن ضمان الآدمى يتحمله العاقلة، وضمان المعقود عليه لا تتحمله العاقلة كالثمن والأجر، وهذا ضمان عقد، فإنه لو لا عقد الإجارة لما ضمن الظئر .

وأما ضمان ما على الصغير من الثياب والحلى؛ لأن ما عليه تبع له، فإذا لم يجب الضمان للأصل فكيف يجب ضمان التبع، وطعام الظئر وكسوتها على الظئر إذا لم يشترط ذلك فى عقد الإجارة على المستأجر؛ لأن الأجير بعقد الإجارة إنما يستحق على المستأجر ما شرط له، لا ما لم يشترط له .

فإن قيل: الطعام إن لم يكن مشروطًا لها نصًا، فهو مشروط لها عرفًا، والمعروف كالمشروط؟

قلنا: إنما يجعل المعروف كالمشروط فى العقد إذا كان فيه تجويز العقد، وفى جعل الطعام مشروطًا لها فى العقد فساد العقد عندهما قياسًا واستحسانًا، وعند أبى حنيفة رحمه الله قياسًا، فلا يجعل ذلك مشروطًا فى العقد .

١٣٧٠١ -ثم إذا استأجر بالدراهم، فلا بد من بيان قدرها، وصفتها، وإن استأجرها بمكيل أو موزون، فلا بد من بيان قدره وصفته، وإن استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم، وقد مرّ ذلك فى صدر الكتاب .

وإن استأجرها بطعامها وكسوتها، ووصف لها ذلك، جاز بالاتفاق، وإن لم يصف فالقياس أن لا يجوز، وهو قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله، وفى الاستحسان: يجوز، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وجه القياس فى ذلك: أن الأجرة مجهولة، وجهالة الأجرة توجب فساد العقد، كما فى سائر الإجارات .

وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرضِعنَ أولادَهُنّ . . . ﴾ إلى قوله:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] والمراد من قوله رزقهن وكسوتهن أجرة الرضاع لا نفقة النكاح؛ لأن لله تعالى ذكر الإرضاع أولا، ثم أوجب الرزق والكسو، ولم يذكر النكاح، والحكم إذا نقل عقيب سبب قائم يحال الحكم على السبب المنقول، والسبب المنقول الإرضاع، فعلم أن المراد من الآية الأجرة للرضاع، فوجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أوجب أجرة الرضاع مع الجهالة، فإنه قال: بالمعروف، وإنما يقال: هذا فيما كان مجهول الصفة والنوع، كما فى قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبى سفيان: «خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢].

فأما ما يكون معلوم القدر والصفة من كل وجه لا يقال له ذلك بالمعروف، فهذا دليل على أن الطعام والكسوة يحصل أجرة الرضاع مع الجهالة.

ولأن هذا يجرى مجرى نفقة الولد؛ لأن الواجب فى الحاصل والحقيقة نفقة الولد، إلا أن إيصال النفقة إلى الولد بواسطة الظئر، فإذا كان هذا يجرى مجرى النفقة صح مع الجهالة؛ ولأن الجهالة لا توجب فساد العقد بعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة، والجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة؛ لأن العادة فيما بين الناس فى كل البلدان التوسعة على الظئر، وترك المنازعة فى طعامهم وكسوتهن؛ لأن البخس فى ذلك يؤدى إلى الضرر بالولد، ومثل هذه العادة معدومة فى سائر الإجارات.

وإذا صحت هذه الإجارة كان لها الوسط من الطعام والكسوة، كما فى نفقة الولد، والذى يجب على الظئر بعد الاستئجار الإرضاع والقيام بأمر الصبى فيما تصلحه من إرضاعه وغسل ثيابه، أما الإرضاع فظاهر، وأما القيام بأمر الصبى فلأن القيام بأمر الصبى وإن لم يكن من الإرضاع، إلا أن العادة فيما بين الناس أن الظئر هى التى تتولى ذلك، فصار ذلك كالمشروط، وما يعالج به الصبيّان من الريحان والدهن فهو على

---

(١) سورة البقرة: الآية٢٣٣.

(٢) أخرجه النسائى فى "سننه" (٥٤٢٠) كتاب القضاء: باب قضاء الحاكم على الغائب، وابن ماجه فى "سننه" (٢٢٩٣) كتاب: باب ما للمرأة من مال زوجها، وفى "الكبرى" (١٩٩١)، والشافعى فى "مسنده" (١/ ٢٨٨)، والدارمى فى "سننه" (٢٢٥٩): باب فى وجوب نفقة الرجل على أهله، وأبو عوانة فى "مسنده" (٦٣٨١)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٥٤٦٨) كتاب النفقات: باب وجوب النفقة للزوجة، والشافعى فى "السنن المأثورة" (٥٣٤).

الظئر، وكان ذلك عرف ديارهم، أما في عرفنا ما يعالج به الصبيّان على أهله، وطعام الصبي على أهله إن كان الصبي يأكل الطعام، وعلى الظئران تهيّئه، والمرجع في جميع ذلك العرف، وهذا لأن هذه الأشياء توابع الإرضاع، والأصل الأن الإجارة إذا وقعت على عمل، فكل ما كان من توابع ذلك العمل، ولم يشترط ذلك على الأجير في الإجارة، فالمرجع فيه العرف، وسيأتي بيان ذلك في موضعه -إن شاء الله تعالى- .

وليس للظئر وإلا للمسترضع أن يفسخ هذه الإجارة إلا بعذر، كما في سائر الإجارات، وكان ينبغي أن يكون للظئر ولاية الفسخ من غير عذر؛ لأن المعقود عليه في جانبها اللبن، وأنه عين، واستهلاك العين عذر في فسخ العقد، كما في باب المزارعة، فإن لمن كان البذر من جهته حق فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك العين.

١٣٧٠٢-وكما إذا استأجر خزّازا ليخرز له خفّا من هذا الأديم، ثم بدا له أن لا يقطع الأديم، كان له فسخ العقد؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك العين، كذا هنا.

والجواب: هذا هكذا إذا كان العين متقومًا يضمن بالاستهلاك، وما يستهلك من اللبن ليس بمال متقوم يضمن بالاستهلاك، فكان اللبن والمنفعة سواء، فلا يعتبر استهلاكه عذرا في الفسخ، والعذر لأهل الصبي أن لا يأخذ لبنها، أو يتقيأ؛ لأن المقصود لا يحصل متى كانت الحالة هذه.

وكذلك إذا حبلت؛ لأن الحبل يفسد اللبن، وكذلك إذا مرضت؛ لأن اللبن يفسد بسائر أنواع المرض، وكذلك إذا كانت سارقة؛ لأنهم يلحقهم زيادة ضرر، وكذلك إذا كانت فاجرة بيّنة الفجور؛ لأنها ربما تحبل، وربما تدخل بينهم فاجرًا، إن كانت ترضع في بيتهم، وفي ذلك ضرر على أهل الصبي، ولأنها تتشاغل عن حفظ الصبي.

وكذلك إذا أرادوا سفرًا، وأبت هي الخروج معهم، وهذا لأنهم لا يجب على الظئر بعقد الإجارة أن يسافر معهم، ولا يجب على أهل الصغير ترك المسافرة، وفي ترك الصغير عند الظئر ضرر لأهله، فتعين الفسخ عند انتفاء هذه الوجوه.

وكذلك إذا كانت سيئة الخلق، بذية اللسان؛ لأنه لا يمكنهم تسليم المعقود عليه إلا بتحمل الأذى، وفيه ضرر زائد.

والعذر من جانب الظئر أن تمرض لا تستطيع معه الإرضاع إلا بمشقة تلحقها؛ لأنه

لايمكنها إيفاء المعقود عليه إلا بزيادة ضرر، وكذلك إذا حبلت[١]، وكذلك إذ آذوها بألسنتهم ولم يكفّوا عنها؛ لأنه لا يمكنها تسليم المعقود عليه إلا بضرر زائد، وهو ضرر تحمل الأذى، وكذلك إذا لم يكن معروفة بالظئورة، وهي ممن يعاب عليها، فلها الفسخ، بخلاف ما إذا كانت تعرف بذلك، ومعنى قوله: لا تعرف بذلك أن تكون هذه أول إجارة منها.

وإن كان الصبي قد ألفها، ولا يأخذ لبن غيرها، وهي لا تعرف بالظئورة، كان لها الفسخ أيضًا في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس لها الفسخ إذا كان يخاف على الصبي من ذلك، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: والاعتماد على رواية أبي يوسف رحمه الله، وتأويل قول محمد رحمه لله إذا كان الصبي يعالج بالغدا من الفانيد[٢] والسمن ونحو ذلك مما يعالج به الصبيّان، أو يأخذ لبن الغير بنوع جبلة، أما إذا كان لا يعالج بالغذاء، ولايأخذ لبن غيره، فجواب محمد رحمه الله كجواب أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى.

١٣٧٠٣-وفي "العيون": إذا استأجر ظئرًا للصبي شهرًا، فلما انقضى الشهر أبت أن ترضعه، والصبي لا يقبل ثدي غيرها، قال محمد رحمه الله: أجبرها على أن ترضعه بأجر مثلها، قال الحاكم رحمه الله: يحتمل أن يكون هذا الجواب في المعروفة بهذا العمل.

وإذا كان لها زوج معروف، فأجرت نفسها للظئورة بغير إذن الزوج، ذكر في "الأصل" مطلقًا: أن للزوج حق الفسخ، قيل: هذا إذا كان الزوج ممن يشينه ذلك لشرفه، أما إذا كان ممن لا يشينه ذلك، فليس له حق الفسخ، وقيل له: حق الفسخ في الحالين، وهو الصحيح.

أما إذا كان الزوج من الأشراف، فلعلتين: إحداهما: أنه يعيّر بذلك؛ لأن الإجارة على الرضاع يعدّ دناءة، والنكاح يفسخ لدفع ضرر العار، حتى كان للأولياء حق الفسخ، إذا زوّجت نفسها من غير كفوء مع أن النكاح لا يفسخ بسائر أسباب الفسخ،

(١) وفي م "وكذلك إذا لم يكن حبلت".

(٢) وفي م "من الفاكهة".

فلأن تفسخ الإجارة لدفع العار ، وأنها تفسخ بسائر أسباب الفسخ أولى .

ألا ترى أن الغلام المأذون أو البالغ إذا آجر نفسه من رجل ليخدمه ، ويكون معه ، كان للأولياء حق الفسخ ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم ، كذا هنا .

وألا يرى أن المرأة إذا كانت من الأشراف وأهل الشئونات ، فآجرت نفسها للظئورة ، كان للأولياء حق الفسخ ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم .

والثاني : أن هذه الإجارة مما توجب خللا بحق الزوج ؛ لأنها حال ما تشتغل بخدمة الصبي لا يمكنها خدمة الزوج ، وللزوج أن يمنع المرأة عما يوجب خللا في حقه .

وأما إذا لم يكن الزوج من الأشراف فللعلة الثانية .

وإن كان زوجها مجهولا لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها ، فليس له أن ينقض الإجارة ، وإذا كان لها زوج معروف ، وقد استأجرت شهراً ، فانقضى الشهر ، والصبي لا يأخذ لبن غيرها ، إن كانت آجرت نفسا بغير إذن الزوج ، فللزوج أن يأباه ، وإن خيف أن يموت الصبي ، وإن كانت آجرت نفسها بإذن الزوج ، فليس للزوج أن يمنعها إذا كان الصبي ممن لا يأخذ لبن غيرها .

١٣٧٠٤-في "العيون" : وإن كان الزوج قد سلم الإجارة ، فأراد أهل الصبي أن يمنعوه من غشيانها مخافة الحبل ، وأن يضر ذلك لصبيهم ، فلهم أن يمنعوه عن ذلك في منزلهم ، لا لأن لهم ولاية منعه عن غشيانها ، ولكن لأن غشيانها في منزلهم لايكون إلا بعد الدخول في منزلهم ، ولهم ولاية منع الزوج عن الدخول في منزلهم ، وإن لقيها في منزله ، فله أن يغشيها ؛ لأن الغشيان صار مستحقّا له بعقد النكاح ، ولو سقط هذا الحق إنما سقط دفعًا للضرر عن الصبي ، والحبل أمر موهوم قد يكون ، وقد لا يكون ، ولا يجوز إسقاط الحق الثابت بيقين لأمر موهوم ، ولايسع للظئر أن يمنعه عن ذلك ؛ لأن هذا الحق لم يسقط بسبب هذه الإجارة ، فلايكون للمرأة منعه عن ذلك .

وكل ما يضر بالصبي ، نحو الخروج عن منزل الصبي زمانًا كثيرًا ، وما أشبهه ، فلهم أن يمنعوها عنه ، وما لا يضره فليس لهم منعها عنه لحاجتها إلى ذلك ، ويصير ذلك العذر مستثنى من الإجارة ، كأوقات الصلاة ونحوها .

ومعنى قوله : وكل ما يضر بالصبى لا محالة ، أما ما كان فيه وهم الضرر فليس لهم منعها عنه ، ألا ترى أنها لا تمنع عن تمكين الزوج فى منزله مع أن فيه وهم الضرر .

١٣٧٠٥-وفى "الأصل" : إذا استأجر الرجل ظئرًا لولده الصغير ، ثم مات الرجل ، لاتنتقض إجارة الظئر ؛ لأن إجارة الظئر وقعت للصغير ؛ لأن الأب فيما يتصرف للصغير وكيل عن الصغير شرعًا ، فيعتبر بالوكيل الحقيقى ، والوكيل الحقيقى فى باب الإجارة إذا مات لاتبطل الإجارة ، فكذا الوكيل الشرعى ، وكان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول : إنما لا تبطل إجارة الظئر بموت الأب إذا كات للصبى مال ، أما إذا لم يكن له مال ، تبطل بموت الأب ، وهذا لأنه إذا كان للصغير مال ، فالإجارة وقعت للصغير باعتبار المنفعة والأجر جميعًا ، فإن أجر الإرضاع[1] يجب فى مال الصغير[2] ، وكانت الإجارة واقعة للصبى من كل وجه ، فيبقى ببقاء الصبى ، فأما إذا لم يكن للصبى مال ، فالأجر يجب على الأب ؛ لأن مؤنة الإرضاع على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، فتكون الإجارة واقعة للأب ، فتبطل بموت الأب ، ومنهم من قال : لا ، بل فى الحالين جميعًا لا تبطل الإجارة بموت الأب ، وإطلاق محمد رحمه الله فى "الكتاب" يدل عليه .

وجه ذلك أن الإجارة إذا وقعت للصبى من كل وجه باعتبار المنفعة والأجر جميعًا ، فإن الأجر يجب فى ذمة الصبى ، والأب يقضى ما وجب على الصغير من ماله ، ألا ترى أنه لو ظهر للصغير مال ، كان للأب أن يقضى ذلك من ماله ، فعلم أن الإجارة وقعت للصغير من كل وجه ، فلا تبطل بموت الأب .

أو نقول : إن وقعت الإجارة للأب باعتبار الأجر ، وقعت للصغير باعتبار المنفعة ، فمن حيث إنها وقعت للأب إن كانت تبطل بموت الأب ، فمن حيث إنها وقعت للصغير لا تبطل ، فلا تبطل بالشك .

أو نقول : لا فائدة فى نقض الإجارة بموت الأب ؛ لأنه يحتاج إلى إعادة مثلها فى الحال ، ثم قال محمد رحمه الله : وأجر الظئر فى ميراث[3] الصبى ، قيل : أراد به أجر ما

---

(١) هكذا فى ظ ، م ، وكان فى الأصل : "فإن أجر الرضاع" .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : "فى مال الصبى" .

(٣) وفى م : مال مكان "ميراث" كلاهما صحيحان .

يستقبل من المدة بعد موت الأب، أما ما وجب من الأجر حال حياة الأب يستوفى من جميع الشركة، وقيل: الكل يستوفى من نصيب الصغير، وهو الصحيح.

١٣٧٠٦-فى "النوازل": استأجر الرجل ظئرًا لترضع ابنه الصغير، فلما أرضعته شهورًا مات أب الصغير، فقالت عمة الصغير للظئر: أرضعيه حتى نعطيك الأجر، فأرضعته شهورًا، قال: إن لم يكن للصبى مال حين استأجرها الأب، فمن يوم مات الأب الأجر على العمة، ثم ينظر إن كانت وصية الصغير، رجعت بذلك فى مال الصغير، وما لا فلا، وإن كان للصبى مال يوم استأجرها، فالأجر كله فى مال الصبى، وأشار إلى المعنى، فقال: لأن فى الفصل الأول الإجارة قد انقضت بموت الأب، فإذا قالت العمة: أرضعيه ووافقته على ذلك، انعقد بينهما إجارة مبتدأة، فيكون الأجر على العمة من هذا الوجه، وفى الفصل الثانى الإجارة لم تنتقض بموت الأب، بل بقيت على حالها؛ لأن العقد وقع للصغير من كل وجه، فيكون الأجر فى مال الصبى.

١٣٧٠٧-وإن ماتت الظئر انتقضت الإجارة، كما فى سائر الإجارات إذا مات الأجير، وكذا إذا مات الصبى؛ لأن العقد وقع له، فيبقى ببقاءه، ويبطل بموته؛ ولأنها عجزت عن إيفاء المعقود عليه عجزًا لا يرجى زواله، فهو بمنزلة العبد المستأجر إذا مات، وذلك موجب[1] انفساخ العقد، كذا هنا.

١٣٧٠٨-وإذا استأجر الرجل ظئرًا لترضع صبيين له، فمات أحدهما، فإنه يرفع عنها نصف الأجر؛ لأنها بقدر النصف عجزت عن إيفاء المعقود عليه.

بيانه: أنه لا يمكن إيفاء المعقود عليه بدون الصبى، وليس لأب الصبى إقامة صبى آخر مقام الصبى، لما يقع بين الصبيين من التفاوت فى الارتضاع، فهو معنى قولنا: عجزت عن إيفاء المعقود عليه بقدر النصف، فتنفسخ الإجارة فى النصف، فلهذا قال: يرفع عنه نصف الأجر.

١٣٧٠٩-ولو استأجر ظئرين ترضعان صبيًا واحدًا، فماتت إحداهما، فللأخرى نصف الأجر إن كان لبنهما واحد، وإن كان متفاوتًا، فبحساب ذلك، والحاصل: أن الأجر يوزّع على لبنهما.

---

(١) وفى الأصل: يوجب.

١٣٧١٠-وإن أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين، ترضع صبيًا لهم، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة، فأرضعت كل واحد منهما، وفرغت، فقد أثمت، وهذه خيانة منها، ولها الأجر كملا على الفريقين، ولا يتصدق بشيء، وهذا الجوب لا يشكل إذا قال أب الصغير للظئر: استأجرتك لترضع ولدى هذا سنة بكذا؛ لأن الظئر فى هذه الصورة تعتبر أجيرة مشتركة؛ لأن الأب أوقع العقد أولا على العمل، إنما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضع ولدى هذا بكذا؛ لأنها أجيرة وحد فى هذه الصورة؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولا، وسيأتى بيان ذلك فى باب الراعى - إن شاء الله- .

١٣٧١١-وليس لأجير الواحد أن يؤاجر نفسه من آخر، وإذا آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول، ويأثم، والوجه فى ذلك أن أجير الواحد فى الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه، كما فى الخياط والقصار، وإن كانت أجير وحد من حيث إنه أوقع العقد فى حقهما على المدة.

ولو كانت أجيرة واحد من كل وجه، بأن أوقع العقد فى حقها[1] على المدة، والعمل عمل لا يمكنها إيفاءه لكل واحد منهما على الكمال فى تلك المدة، بأن آجرت نفسها يومًا للحصاد أو للخدمة كملا على الأول، ويأثم بما صنع.

ولو كانت أجيرة مشتركة من كل وجه، استحق الأجر كملا ولم يأثم، فإذا كان بينهما قلنا بأنها تأثم لشبها بالأجير الوحد، وقلنا: بأنها تستحق الأحر كملا لشبها بالأجير المشترك.

١٣٧١٢-وإذا دفع الظئر الصبى إلى خادمتها حتى أرضعته، فلها الأجر كملا استحسانًا؛ لأنه لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها، فهو نظير من استأجر قصاراً ليقصر له ثوبًا، أو خياطًا ليخيط له، ولم يشترط العمل بنفسه، فعمل بغيره، فإنه يستحق الأجر، كذا هنا.

والمعنى فيه أن قوله: ليخيط ليقصر لترضع كما يذكر، ويراد به المباشرة، يذكر ويراد به التسبب، فلا تتعين المباشرة مراداً إلا بالتنصيص عليه، فأما إذا شرط عليها

(١) وفى م: "فى حقهما".

الإرضاع بنفسها، فدفعته إلى خادمتها، حتى أرضعته، هل يستحق الأجر؟ فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، والصحيح أنها لا تستحق.

١٣٧١٣-وإن أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام حتى انقضت المدة، لا أجر لها؛ لأن هذا لايسمى إرضاعًا، فلا يتحقق إيفاء المعقود عليه، وبدونه لا يستحق الأجر، وإن جحدت الظئر ذلك، وقالت: ما أرضعته بلبن البهائم، وإنما أرضعته بلبني، فالقول قولها مع يمينًا استحسانًا، وإن قامت لأهل الصبي بينة على ما ادعوا، فلا أجر لها.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: تأويل المسألة أنهم شهدوا أنها أرضعته بلبن الشاة، وما أرضعته بلبن نفسها، أما لو اكتفوا بقولهم: ما أرضعته بلبن نفسها، لاتقبل شهادتهم؛ لأن هذه شهادة قامت على النفي مقصوداً بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك النفي دخل في ضمن الإثبات، وإن أقاما البينة أخذت ببينة الظئر.

١٣٧١٤-وإذا استأجر الأب أم الصغير لإرضاعه، فهو على وجهين: إما إن استأجرها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق، وأما إن استأجرا بمال نفسه، أو بمال الصغير، فإن استأجرها حال قيام النكاح بمال نفسه، لا يجوز.

واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة، بعضهم قالوا: إرضاع الصبي حال قيام النكاح واجب عليها ديانةً، وإن لم يكن واجبًا عليها حكمًا، وهذا لأنه اجتمع ما يوجب أن يكون الإرضاع واجبًا عليها، وما يمنع أن يكون الإرضاع واجبًا عليها من حيث إن النكاح وضع لاستحقاق الوطء على المرأة، ولاستحقاق المهر على الزوج، لا الإرضاع، يوجب أن لا يكون الإرضاع واجبًا عليها، ومن حيث إن الامتناع عن إرضاع الصغير حال قيام النكاح سبب النفرة، والنفرة سبب فوات مصالح النكاح، يوجب أن يكون الإرضاع واجبًا عليها، فجعلناه واجبًا ديانةً لا حكمًا.

إذا ثبت هذا، فنقول: اعتبار الحكم إن كان يوجب جواز هذه الإجارة، فعتبر الديانة يمنع الجواز؛ لأن الإجارة للاستحقاق، فإنما يجوز إيرادها على ما ليس بمستحقّ، فلا يثبت الجواز بالشك.

وبعضهم قالوا: إنما لا يجوز هذا العقد لأنه مهجور بين الناس، فإنك لا ترى امرأة في نكاح رجل تأخذ الأجر على إرضاع ولده منها، ولعرف الناس أثر في جواز العقد

وفساده، ألا ترى أنه لو استأجر الرجل امرأة لتسوى عمامته جاز، ولو استأجر جُبّ ماء لذلك لا يجوز، وما افترقا إلا من حيث إن الأول عمل الناس، والثانى ليس عمل الناس.

وبعضهم قالوا: إنما لا يجوز هذا العقد لأنه استأجرها لعمل هى فى شركة؛ لأنهما يشتركان فى الولد، والإجارة لمثل هذا العمل لا يجوز، وكما لا يجوز استئجارها لا يجوز استئجار خادمتها؛ لأن خادمتها مملوكة لها، وما يجب من الأجر فهو لها، فيكون استئجار خادمتها كاستئجارها.

وكذا لا يجوز استئجار مدبرتها، ولو استأجر مكاتبة لها جاز، وإن استأجرها بمال الصغير، روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أنه يجوز، وهو مشكل على العبارات كلها.

١٣٧١٥-هذا إذا استأجرها حال قيام النكاح، وأما إذا استأجرها بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعيًا لا يجوز؛ لأن الطلاق الرجعى لا يقطع ملك النكاح، فصار الحال بعد الطلاق الرجعى كالحال قبل الطلاق، وإن كان بائنًا، ففى ظاهر الرواية يجوز، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز؛ لأ هذا منع ثبت بالنكاح، فيبقى ما بقيت العدة، كمنع نكاح الأخت وأربع سواها، ومنعها عن زوج آخر.

وجواب ظاهر الرواية يخرج على العبارة الأولى والثانية، أما على العبارة الأولى فلأنا إنما أوجبنا الإرضاع عليها ديانة؛ لأن الامتناع عنه سبب لوقوع الخلل فى مصالح النكاح بواسطة النفرة، وهذا المعنى لا يتأتى بعد الطلاق البائن؛ لأن مصالح النكاح لا حصول لها لما بعد البينونة.

وأما على العبارة الثانية فلأن هذا العقد غير مهجور فيما بين الناس، ولايخرج عن العبارة الثالثة، وأنه ظاهر، هذا إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده منها، ولو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها يجوز، وأنه يخرج على العبارات كلها.

١٣٧١٦-ولو استأجر الرجل أمة، أو ابنته، أو أخته ترضع صبيًا له جاز، وكذلك كل ذات رحم محرم منه.

١٣٧١٧-وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": إذا استأجر ظئرًا لترضع ولده

سنة بمائة درهم على أنه إن مات الصبى قبل ذلك، فالدراهم كلها للظئر، فهذا شرط فاسد يفسد الإجارة؛ لأنه مخالف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع انفساخ الإجارة عند موت الصبى قبل المدة، وعود الأجرة إلى المستأجر بقدر ما بقى المدة، فإذا شرط خلافه فسد به العقد، فإن مات الصبى قبل ذلك، فلها بقدر ما أرضعت أجر مثلها، ويرد البقية إلى المستأجر.

وفى "فتاوى الفضلى": استأجر ظئرًا ترضع ولده سنة على أن أجرتها ليلة ويومًا خمسون درهمًا، وباقى السنة ترضع مجانًا، فأرضعت شهرين ونصفًا، ثم مات الولد يحسب لها من ذلك أجر مثلها على رضاع شهرين ونصف، ويرد الباقى؛ لأن هذه إجارة فاسدة، أما لأن قضية العقد انقسام الأجرة على منافع المدة، وقد شرط خلافها، أو لأنهما شرطا عقد التبرع فى الإجارة.

١٣٧١٨-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": مسلمة ترضع ولد الكافر بالأجر، فلا بأس به، فقد صحّ أن عليًا رضى الله عنه آجر نفسه من كافرة ليسقى لها الماء -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الحادى عشر
فى الاستئجار للخدمة

١٣٧١٩-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": ويكره للرجل أن يستأجر امرأة حرة يستخدمها ويخلوا بها؛ لأن الخلوة بالأجنبية قبل الإجارة مكروه كيلا تصير سبب الوقوع فى الفتنة، وهذا المعنى موجود بعد الإجارة، لكن الإجارة جائزة؛ لأنها عقدت على الاستخدام، وأنه مباح، والكراهة فى الخلوة بها، وقد يخلو بها وقد لايخلو بها، وكان بمنزلة الاستئجار على كتابة النوح والغناء، فإنها جائزة؛ لأن المعصية فى القراءة، وعسى تقرأ، وعسى لا تقرأ، كذا هنا، إلا أنه لم يذكر الكراهة ثمة، وذكر ههنا؛ لأنه قد يخلو بها، والخلوة بالأجنبية فى الحمل على المعصية أبلغ من الكتابة فى حمله على القراءة، فلهذا ذكر الكراهة ههنا، ولم يذكر ثمة.

١٣٧٢٠-وفى "النوازل": حرة أجرت نفسها من رجل ذى عيال، فلا بأس به، ولكن يكره أن يخلو بها لما فيه من احتمال الوقوع فى الفساد، وهو تفسير ما ذكر فى "الأصل"، وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لا يجوز؛ لأن خدمة الزوج مستحقّة على المرأة ديانة؛ لما فيه من حسن المعاشرة، وإن لم يكن مستحقّ عليها حكمًا، والإجارة على ما كان مستحقًا على الأجير ديانةً لا حكمًا لا يجوز، كما لو استأجرها لعمل من أعمال البيت من الخبز والطبخ وإرضاع ولده منها، ولو استأجرها لتخدمه فيما ليس من جنس خدمة البيت، كرعى دوابه، وما أشبه ذلك يجوز؛ لأن ذلك غير مستحقّ عليها لا حكمًا ولا ديانة.

١٣٧٢١-ولو استأجرت امرأة زوجها ليخدمها، قال: هو جائز، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية، وروى أو عصمة سعد بن معاذ المروى رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله أنه باطل، وذكر فى كتاب جعل الآبق أن المرأة متى استأجرت زوجها، فله أن لايخدمها، ومتى رفع إلى القاضى، فإن القاضى يفسخ العقد وينقضه.

فمن مشايخنا من قال : ليس فى المسألة اختلاف الروايتين، لكن تأويل ما روى أبو عصمة رحمه الله أنه باطل أنه سيبطل، ومنهم من قال : لا، بل فى المسألة روايتان، على ظاهر الروية يجوز، وله حق الفسخ بالمرافعة إلى القاضى، وعلى رواية أبى عصمة رحمه الله : لايجوز.

١٣٧٢٢-واتفقت الروايات أن الأب إذا آجر نفسه للخدمة من ابنه أنه لا يجوز، حتى كان له أن يفسخ من غير قضاء ولا رضاء، واتفقت الروايات فى الزوج والأب إذا خدما أنهما يستحقان المسمى، نص على هذا فى كتاب المزارعة، فإنه قال فى المزارعة : كل من لا يجوز أن يستأجر للخدمة، فله أجر المثل إلا الوالد والزوج.

فوجه ما روى أبو عصمة رحمه الله : الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذلّ ونقيضه بالخادم، ولهذا قالوا : الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا، فإنه يجبر على بيعه حتى لا يستخدم قهرا من غير عوض يحصل للعبد، فيكون فى ذلك إذلالا بالمسلم، وليس للكافر استذلال المسلم، فدل أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذلّ، وليس للمسلم أن يذل نفسه.

إذا ثبت هذ فنقول : بأن إجارة المرأة زوجها للخدمة لو صحت كان فى ذلك استخدام الزوج على سبيل القهر من غير عوض يحصل له من زوجته؛ لأنه إن حصل له عوض باعتبار ملك الرقبة، فإن الأملاك من حيث الرقبة متباينة، لم يحصل له العوض باعتبار المنافع؛ لأن المنافع متصلة بينهما ما للزوج كأنه للمرأة، وما للمرأة كأنه للزوج، ولهذا لم يجز لواحد منهما أن يضع زكاة ماله فى يد صاحبه، فباعتبار المنفعة لا يحصل العوض، فلا ينتفى الذل، وكان كالأب إذا آجر نفسه من ابنه للخدمة، فإنه لا يجوز؛ لأنه من وجه كالحاصل بغير عوض من حيث إن للأب شبهة ملك فى مال ابنه، وهذا بخلاف المسلم إذا آجر نفسه من كافر للخدمة، حيث يجوز باتفاق الروايات؛ لأنه وإن كان يستخدمه قهرًا بعد الإجارة إلا أنه يستوجب عليه عوضًا من كل وجه على سبيل القهر، فينتفى الذل، أما هنا بخلافه.

وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الزوج وبين الأب أن ما للزوج فى مال امرأته دون ما للأب فى مال ولده؛ لأن للأب فى مال الولد شبهة ملك، حتى لو وطئ جارية

ابنه، وقال: علمت أنها عليّ حرام لا يحد، وليس للزوج في مال امرأته شبهة ملك، ولهذا لو وطئ جارية زوجته، وقال: علمت أنها عليّ حرام يحدّ، وكان للزوج في مال زوجته مثل ما للأب في مال ولده، لكان لا تجوز الإجارة أصلا، ولو لم يكن للزوج في مال زوجته شيء أصلا لكان يجوز الإجارة، فكما لو آجر نفسه لخدمة أجنبية، فإذا كان له في مال المرأة شيء، ولكن دون ما للأب في مال ابنه، حكمنا بجواز الإجارة، وأثبتنا له حق الفسخ بالمرافعة إلى القاضي توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الممكن.

١٣٧٢٣-وفي "الفتاوى": امرأة قالت لزوجها: اغمز رجلي على أن لك ألف درهم، فغمز الزوج رجلها إلى أن قالت: لا أريد الزيادة، فالإجارة باطلة؛ لأن استئجار المرأة زوجه للخدمة باطلة، وهذا الجوب يوافق رواية أبي عصمة، ويخالف ظاهر الرواية.

ثم الزوج أو الأب إذا خدم كان له المسمى، اتفقت الروايت في ذلك، وهذا الحكم لايشكل في الزوج على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر الرواية هذه الإجارة جائزة، أما يشكل على رواية أبي عصمة رحمه الله؛ لأن على هذه الرواية الإجارة فاسدة، وكذلك يشكل في الأب على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر الرواية استئجار الابن أباه للخدمة فاسدة، وفي الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل.

والجواب: إنما حكمنا بفساد هذه الإجارة في الزوج على رواية أبي عصمة رحمه الله، وفي الأب على ظاهر الرواية نظرًا للأب والزوج، حتى لايلحقهما ذل بسبب الخدمة، والنظر في إيجاب المسمى متى خدم لا في إيجاب أجر المثل؛ لأن أجر المثل لا يزاد على المسمى إن كان المسمى شيئًا معلومًا، فلايستحق الزيادة إن كان أجر مثله يزيد على المسمى، وينقص عن المسمى إذا نقص أجر المثل عن المسمى.

وإذا حكمنا بوجوب المسمى لا ينقص عنه شيء بعد ذلك فكان النظر في إيجاب امسمى من هذا الوجه، فلهذا أوجبنا المسمى، هكذا كما قلنا في العبد المحجور: إذا آجر نفسه أنه لاتجوز الإجارة، لكن إذا عمل وسلم من العمل يستحق المسمى؛ لأنا إنما حكمنا بلا فساد نظرًا للمولى، والنظر متى [كان][1] عمل وسلم [من العمل يستحق المسمى][2]

---

(١) هكذا في الأصل.

فى التجويز حتى لايزول منافع عبده مجانًا، كذا ههنا.

وإن استأجرت المرأة زوجها ليرعى غنمها، أو يقوم على عمل لها جاز، أما على ظاهر الرواية فظاهر، وأما على رواية أبى عصمة: فإنه لا ذل فيه.

١٣٧٢٤-ولو استأجر الرجل ابنه للخدمة، أو ستأجرت المرأة ابنها للخدمة لم يجز، وإذا خدم، فلا أجر له؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن، فالإجارة وردت على ما هو المستحقّ، فلا يعمل، قال: إلا إذا كان الابن عبدًا للغير، أو مكاتبًا للغير، فاستأجر أحدهما من المولى ليخدمه؛ لأن خدمة الأ لا تلزم الابن إذا كان عبدًا لغيره، أو كان مكاتبًا لغيره، وإن كان الابن حرّا، فاستأجره أحدهما ليرعى غنمًا له، أو استأجره لعمل آخر وراء الخدمة، فإنه يجوز، وإن استأجر الابن أمه، أو جدته، أو جده للخدمة لا يجوز، ولو خدم، فله المسمى، ويستوى فى ذلك أن يكون الابن حرّا أو عبدًا، مسلمًا أو كافرًا؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن مع اختلاف الدين، ويجوز الاستئجار للخدمة فيما بين الإخوة وسائر القرابات.

١٣٧٢٥-ومن مشايخنا رحمهم الله من قال: وإذا استأجر عمّه للخدمة، والعم أكبر، أو استأجر أخاه الأكبر للخدمة لا يجوز، ويكره للمسلم أن يؤاجر نفسه من الكافر للخدمة، ويجوز إذا فعل، أما الجواز فلما مرّ، وأما الكراهة لأنه استذلال صورة إن لم يكن استذلالا معنى، وليس للكافر استذلال المسلم صورة.

وفى "فتاوى الفضلى"[٢]: لا يجوز إجارة المسلم نفسه من النصرانى للخدمة، وفيما سوى الخدمة يجوز، والأجير فى سعة من ذلك ما لم يكن فى ذلك إذلال.

١٣٧٢٦-وإذا استأجر الرجل عبدًا ليخدمه كل شهر بأجر مسمى، فله أن يستخدمه من السحر إلى ما بعد العشاء الآخرة، والقياس أن يكون له استخدامه بالليل والنهار الشهر كله؛ لأن الشهر اسم لثلاثين يومًا وليلة، إلا أن بعد العشاء الآخرة إلى السحر صار مستثنى عن الإجارة عرفًا، فإن العرف فيما بين الناس أنهم لايستخدمون المماليك بعد العشاء الآخرة إلى السحر؛ لأنهم ينامون، والمستثنى عرفًا كالمستثنى شرطًا.

١٣٧٢٧-وإذا استأجر الرجل عبدًا شهرين بخمسة وشهرًا بستة، كان الشهر الأول

(٢) هكذا فى الأصل.

بخمسة، والشهر الثاني بستة؛ لأن قول : آجرتك شهراً بخمسة بمنزلة قوله : آجرتك هذا الشهر ؛ لأن الإجارة شهرًا يتصرف إلى الشهر الذي يلي العقد، فصار كأن قال : آجرتك هذا العبد في هذا الشهر بخمسة، وفي الشهر الثاني بستة .

١٣٧٢٨-وإذا استأجر عبدًا بالكوفة ليستخدمه، ولم يعيّن مكانًا للخدمة ، كان له أن يستخدمه بالكوفة، وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة ؛ لأن الاستخدام بالكوفة ثابت بدلالة الحال، فيعتبر بما لو ثبت نصّا .

بيانه : أن المستأجر له حمل ومؤنة، فالظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزم مؤنة الرد، وربما يربى ذلك على الأجر، فيتعين موضع العقد مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال من هذا الوجه، فإن سافر به ضمن ؛ لأن كوفة تعيّن مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال، فتعتبر بما لو تعين بالنص، وهناك لو سافر بالعبد يضمن، ههنا هكذا، ذكر محمد رحمه الله في إجارات "الأصل" .

١٣٧٢٩-وذكر في صلح "الأصل" : أن من ادعى دارًا، وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله؛ لأن الإذن بالاستخدام حصل مطلقًا، واعتبره بالعبد الموصى به بالخدمة .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في "شرح كتاب الصلح" : لم يرد بقوله : يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به، وإنما أراد به أن يخرج به إلى أهله في القرى، وأفنية البلدة، قال محمد رحمه الله : وهذا كما قلنا في باب الإجارة : من استأجر عبدًا ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج إليه أهله في القرى وأفنية البلدة .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يفرق بين مسألة الصلح، وبين مسألة الإجارة[١]، وكان يقول في مسألة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد، وليس للمستأجر أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة، وحكى عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ رحمه الله أنه كان يقول : لا رواية عن محمد رحمه الله في فصل الإجارة، فلقائل أن يقول : للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر، كما في الصلح، ولقائل أن يفرق بينهما، وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجارات "الأصل" على نحو ما كتبنا .

(١) وكا في الأصل : "مسألة الأجرة" .

قال محمد رحمه الله : وليس للمستأجر أن يضرب الغلام ؛ لأن صاحب الغلام لم يأذن له بالضرب، وإنما أذن له بالاستخدام، والضرب ليس من الاستخدام فى شىء، ولا ضرورة إليه أيضًا ؛ لأنه يمكن استخراج الخدمة من العبد بدون الضرب بالائمة، فلا يصير الضرب مأذونًا فيه، وخرج على هذا فصل الدابة، فإن لمستأجر الدابة للركوب أن يضرب الدابة ؛ لأنه لا يمكن استخراج السير من الدابة بدون الضرب، فصار الضرب ثمة مأذونًا فيه، أما ههنا بخلافه.

١٣٧٣٠-ولو دفع المستأجر الأجر إلى العبد، فإن كان العبد هو العاقد فقد برئ عن الأجر ؛ لأنه دفع الأجر إلى العاقد، وإن لم يكن عاقدًا لا يبرأ، وإن حصل الرد إلى من يده يد المولى من حيث الحكم، فرق بين هذا وبين المودع إذا دفع الوديعة إلى عبد المودع، حيث لا يضمن.

والفرق أن يد العبد يد المولى من حيث الحكم، لا من حيث الحقيقة، والأجر كان واجبًا على المستأجر، فباعتبار الحكم إن كان يحصل له البراءة عنه فباعتبار الحقيقة لا يحصل، فلا تحصل البراءة بالشك، أما الوديعة فلم تكن فى ضمان المودع، فباعتبار الحقيقة إن كان يجب الضمان فباعتبار الحكم لا يجب، فلا يجب الضمان بالشك.

١٣٧٣١-وإذا استأجر الرجل عبدًا للخدمة، فله أن يكلفه ما هو من أنواع الخدمة ؛ لأن الخدمة اسم جنس فيتناول جميع أنواعه، وله أن يكلفه أن يخيط له ثوبًا، وأن يخبز له، هكذا ذكر فى الكتاب، قالوا : وهذا إذا كان خياطة وخبزًا لا بد للمستأجر منه، وأما إذا أراد أن يقعده خياطًا يخيط ثياب الناس، أو يقعده خبازا ليخبز للناس، ليس له ذلك ؛ لأن هذا تجارة واكتساب المال، فلا يدخل تحت اسم الخدمة، قال : وطعام العبد على صاحبه، وليس على المستأجر من ذلك شىء ؛ لأن المستحقّ على المستأجر المشروط عليه فى العقد، والطعام غير مشروط فى العقد لا نصًا ولا عرفًا.

١٣٧٣٢-قال : وإذا أنزل بالمستأجر ضيفان، فعلى العبد المستأجر أن يخدمهم ؛ لأن خدمة ضيفان المستأجرة من جملة خدمة المستأجر، ألا ترى أنه لو لا هذا العبد كان على المستأجر أن يخدمهم ديانةً ومروءةً، قال النبى ﷺ : «من كان يؤمن بالله واليوم

الآخر فليكرم ضيفه أو فليخدم ضيفه»[١]، وإذا كان على المستأجر خدمة ضيفه، فكما أن على المستأجر خدمة نفسه صار خدمة ضيفانه كخدمته.

١٣٧٣٣-وإن تزوج المستأجر امرأة بعد ما استأجر العبد، فعلى العبد أن يخدم المستأجر، ويخدم المرأة أيضًا؛ لأن حال المرأة لا يكون أقل من حال الضيف، وعلى العبد خدمة الضيف، فكان عليه خدمة المرأة من الطريق الأولى.

١٣٧٣٤-وفي "المنتقى" رواية إبراهيم عن محمد رحمهما الله: رجل آجر عبدًا له سنة، ثم إن العبد أقام بينة أن المولى كان أعتقه قبل الإجارة، فالأجرة للعبد؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا في هذه الإجارة، فتوقف على إجازة العبد، وبعد ما أجاز به، والمبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد، فكان المبدل له أيضًا، ولو قال العبد: إني حر وقد فسخت الإجارة، ولم تكن له بينة، فدفعه القاضي إلى مولاه، وأجبره المولى على العمل، ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة، فلا أجر للعبد، ولا للمولى، ولو لم يقل: فسخت الإجارة، كان الأجر للعبد.

ولو كان غير بالغ، فادعى العتق، وقد آجره المولى، وقال: قد فسخت، ثم عمل، وباقي المسألة بحالها، فالأجر للغلام، قال: ذلك في الكتاب وهو بمنزلة لقيط في حجر رجل آجره.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا عنه، وإن عقده توقف على إجازته، فينبغي أن يعمل فسخه، حتى لا يكون له الأجر، ثم أشار إلى الجوب، وقال: هذا بمنزلة لقيط في حجر رجل آجره.

بيان ذلك: أن الملتقط إنما ملك إجارة اللقيط؛ لأنه بالإجارة يجعل ما ليس بمتقوم في حقه متقومًا، وأنه نظر في حق الصغير، وهذا المعنى يقتضي أن يملك المولى إجارة معتقه إذا كان صغيرًا في حجره، فنفذ عقد الإجارة عليه بصفة اللزوم، فلا يملك فسخها

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٩٦٧): باب ما جاء في الضيافة كم هو؟ والدارمي في "سننه" (٢٠٣٥): باب في الضيافة، وأبو عوانة في "مسنده" (٩٤)، وأبو داود في "سننه" (٣٧٤٨ و٥١٥٤): باب ما جاء في الضيافة، وابن ماجة في "سننه" (٣٦٧٢): باب حق الجوار، والربيع في "مسنده" (٦٨١)، والبيهقي في "الكبرى" (٨٩٦٠): باب الاختيار للمحرم، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" (٨/ ١٦٦).

بعد ذلك .

١٣٧٣٥-قال في "القدوري": وإذا آجر الرجل عبده سنة ، فلما مضت ستة أشهر أعتقه ، فعتقه جائز ؛ لأنه أعتق ملك نفسه ، والرقبة بعد الإجارة باقية على ملك المولى ، فينفذ عتقه ، وكان العبد بالخيار ، إن شاء مضى على الإجارة ، وإن شاء فسخ وهذا بناء على ما قلنا أن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها ، والمنافع بعد العتق حدثت على ملك العبد ، فيصير العقد في حق المنافع الحادثة بعد العتق ، كأنه صدر من الفضولي ، فيتوقف على الإجازة ، وإذا أجاز لم يكن له أن ينقض بعد ذلك ، وأجر ما مضى للسيد ، وما بقي للعبد ؛ لأن الأجر بدل المنافع ، والمنافع بعد العتق ملك العبد ، ونفذ العقد عليها بإجازة العبد ، فكان بدلها للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى ؛ لأن قبض البدل من حقوق العقد ، فيثبت للعاقد ، والعاقد هو المولى .

وإن كان المولى حين آجر العبد استعجل الأجرة ، ثم أجاز العبد بعد العتق ، فالأجرة كلها للسيد ؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل ، وفي تلك[1] الحالة المبدل على حكم ملك المولى ، فصارت الأجرة مملوكة للمولى وبالإجازة ، عن العبد تقرير حكم ذلك الملك ، فلا يتغير بالملك ، ولو كان العبد هو الذي آجر نفسه ، بإذن المولى ، ثم عتق بعد ما مضى مدة ، فله حق الفسخ ، والعبد هو الذي يلي قبض الأجرة عليه ؛ لأن العقد كان منه .

١٣٧٣٦-ولو آجر المكاتب عبده ، ثم عجز ورُدّ في الرق ، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد : تنتقض الإجارة ، ولو استأجر عبدًا ، ثم عجز ، بطلت الإجارة في القولين .

١٣٧٣٧-ولو آجر الرجل عبدًا له ، ثم استحق ، وأجاز المستحقّ الإجارة ، فإن كانت الإجازة قبل استيفاء المنفعة جاز ، وكانت الأجرة للمالك ؛ لأن الإجازة في الانتهاء ، كالإذن في الابتداء ، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة ، لم تعتبر الإجازة ، والأجرة[2] للعاقد ؛ لأن المنافع قد مضت وتلاشت ، وابتداء العقد عليها ، لايجوز ، فلا

---

(١) وكان في الأصل : "وفي ذلك الحال" .

(٢) هكذا في ظ ، م ، وكان في الأصل "والإجارة" .

تلحقها الإجازة ؛ لأن الإجازة فى معنى ابتداء العقد، وإن أجاز فى بعض المدة، فالأجرة فى الماضى، والباقى للمالك فى قول أبى يوسف رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله : أجر ما مضى للغاصب، وما بقى فهو للمالك، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله أن العقد قائم، فلحقته الإجازة، ووجه قول محمد : إن العقد ينعقد ساعة فساعة، ففى حق ما مضى من المنفعة العقد قد انعدم، فلا تلحقه الإجازة.

١٣٧٣٨-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" : إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعًا، فلا أجر لها، قال : فهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو تخبز، هكذا ذكر، وقيل : فى المعنى أن التسليم شرط لصحة الإجارة، ولوجوب الأجر وسكناها معه يمنع التسليم، والحكم ممنوع، والعلة مردودة، والقياس على استئجارها للطبخ، والخبر غير صحيح ؛ لأن الطبخ والخبز مستحقّ عليها ديانة إن لم يكن مستحقًا عليها حكمًا أما إسكان الزوج فى منزلها غير مستحقّ عليها لا ديانةً ولا حكمًا، وقوله : بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم، قلنا : لا يمنع لأنها تابعة للزوج فى السكنى.

١٣٧٣٩-ولو استأجر الرجل غلامًا ليخدمه، فرفع الغلام شيئًا من متاع البيت، ووقع من يده على شيء آخر من متاع البيت، فكسره فلا ضمن على الغلام، ولو وقع على وديعة كانت عند المستأجر وكسرها، فالغلام ضامن.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٧٤٠-إجارة الصبى والاستئجار له إذا آجر الأب أو الجد أو الوصى الصبى فى عمل من الأعمال، فهو جائز ؛ لأن لهؤلاء ولاية استعمال الصغير من غير عوض بطريق التهذيب والرياضة، فمع العوض أولى، ولا يجوز إجارة غيرهم إذا كان له واحد منهم ؛ لأنه لا ولاية لغيرهم على الصغير حال قيام واحد منهم، وإن لم يكن له واحد منهم، فأجرة ذو رحم محرم منه، وهو فى حجره، جاز بطريق التهذيب والرياضة، فإن لصاحب الحجر ولاية تهذيب من فى حجره، فإن كان فى حجر ذى رحم محرم، فآجره آخر هو أقرب، كالصبى إذا كان فى حجر عمته، وله أم فآجرته الأم، جاز فى قول أبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله : لايجوز، فوجه قول محمد رحمه الله : إن

هذه الولاية فى حق غير الأب والجد، ووصيهما بطريق التهذيب والرياضة، وإنما ثبتت ولاية التهذيب والرياضة، لمن كان الصبى فى حجره.

ولأبى يوسف رحمه الله : أن القرابة مؤثرة فى إثبات الولاية، فإذا ملكه الأبعد ملكه الأقرب من الطريق الأولى، وللذى ولى الإجارة على الصغير أن يقبض الأجرة؛ لأنه من حقوق العقد، فيتعلق بالعاقد، وليس له أن ينفقها عليه؛ لأنها مال الصغير، وليس لغير الأب والجد ووصيهما ولاية التصرف فى مال الصغير، وكذلك إذا وهب للصغير شيء، فللذى الصغير فى حجره أن يقبضه، ولكن لا ينفق عليه لما قلنا، وللأب والجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وسائر أمواله، فأما غير هؤلاء ممن الصغير فى حجره، لا يملك إجارة مال الصغير؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصغير.

وعن محمد رحمه الله : أنه قال : أستحسن أن يؤاجروا عبده؛ لأنه ظهر، ولايتّهم فى نفس الصغير نظرًا له، فكذا يظهر، ولايتّهم فى مال الصغير نظرًا له، قال : وكذلك أستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد منه؛ لأن فى تأخيره ذلك ضررًا بالصغير، ولو آجر الأب أو الجد أو وصيهما الصغير، ثم بلغ الصغير، فهو بالخير، إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ، فرق بين هذا وبينم إذا آجروا عبدًا للصغير، ثم بلغ الصغير، حيث لا يكون له ولاية الفسخ، والفرق أن إجارة مال الصغير محض منفعة فى حق الصغير، إذ بها يحصل للصغير ما هو متقوم وهو الأجر الأجر بمقابلة ما ليس بمتقوم، وهو المنافع، فينوب الأب والجد والوصى فيها مناب الصغير، وصار كأنه أجر بنفسه وهو بالغ، فأما إجارة الصغير لم يتمحض نفعًا فى حق الصغير؛ لأنه إتعاب بدنه، فكان ينبغى أن لا يملكها هؤلاء، لكن ملكوها من حيث التهذيب والرياضة، فلهؤلاء ولاية تهذيب الصبى ورياضته.

قلنا : و ولاية التهذيب قد انقطعت بالبلوغ، وإذا آجر الوصى نفسه للصغير لايجوز، أما على قول محمد رحمه الله : فلأن الوصى لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وأنه مقابلة المنفعة[1] بالعين

---

(١) وفى الأصل : "مقابلة العين بالمنعفة أولى".

أولى .

وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فلأنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهرًا للصغير ، ولا نفع فى بيع المنفعة للصغير ، وإن كان بأقل من قيمته بحيث لايتغابن الناس فى مثله ؛ لأن ما يحصل للوصى عين ، وما يحصل للصغير منفعة ، والعين خير من المنفعة .

١٣٧٤١-ولو استأجر الوصى الصغير لنفسه ، فينبغى أن يجوز فى قول أبى حنيفة : إذا كان بأجرة لا يتغابن الناس فى مثلها ؛ لأن فى هذا التصرف نفع للصغير ؛ لأنه يحصل له العين .

وأما الأب إذا استأجر الصغير لنفسه لا شك فى جواز هذه الإجارة .

وأما إذا آجر نفسه للصغير بمثل القيمة ، ذكر فى عامة الروايات : أنه يجوز عندهم جميعًا ؛ لأنه باع منفعة له من الصغير بمثل القيمة ، ذكر فى عامة الروايات ، فتعتبر[1] بما لو باع عينًا له من الصغير بمثل القيمة ، وذلك جائز ، فكذا هذا .

وذكر فى بعض الروايات أنه لا يجوز ، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه ، ووجه ذلك أن العمل للصغير واجب على الأب ديانة إن لم يكن واجبًا من حيث الحكم ، فالوجوب ديانة مانع جواز الإجارة لما مر قبل هذا .

الوصى إذا استأجر من نفسه عبدًا ليتيم ليعمل ليتيم آخر هو فى حجره ، وهو وصيهما ، لا يجوز ؛ لأنه باع منفعة أحد اليتيمين من الآخر ، فيعتبر بما لو باع عينًا من أعيان مال أحدهما من الآخر ، وذلك لا يجوز ، فهذا كذلك .

١٣٧٤٢-الصبى المحجور إذا آجر نفسه لم يجز ، وكذلك العبد المحجور إذا آجر نفسه لم يجز ، وهذا لأن الإجارة عقد المعاوضة كالبيع ، فلا يملكها المحجور عليه ، كما لا يملك البيع ، فإن عمل فهذا على وجهين : إما إن سلم من العمل ، وفى هذا الوجه القياس أن لا يجب الأجر ؛ لأن وجوب الأجر باعتبار العقد ، والعقد باطل .

---

(١) وفى الأصل : "تعتبر".

وفى الاستحسان : يجب الأجر المسمى ؛ لأن بعد ما سلم من العمل فتجويز[١] العقد يتمحّض نفعًا فى حق المولى، وفى حق الصبى ؛ لأنا إذا جوّزنا الإجارة يحصل للمولى وللصبى الأجر من غير ضرر يلزمهما، ولو لم يجوز لايجب الأجر، ويضيع على المولى منافع العبد، وعلى الصبى منافع نفسه، ولايتقوم أصلا، فعلم أن الجواز بعد ما سلم من العمل تمحّض نفعًا، وامتناع الجواز من الابتداء لكون الإجارة مترددة بين الضرر والنفع، لجواز أن يهلك العبد أو الصبى من العمل، فيبطل ضمان العين إن حصل به الأجر، فكانت الإجارة نفعًا شائبًا بالضرر، فلم يجز من الابتداء لهذا، وبعد ما سلم من العمل تمحض الجواز نفعًا، والمحجور غير ممنوع عن استجلاب النفع، كقبول الهبة وغير ذلك، فلهذا جازت الإجارة.

وأما إن هلك المحجور من العمل، وفى هذا الوجه إن كان المحجور صبيًا فعلى عاقلة المستأجر ديته، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك، وإن كان المحجور عبدًا، فعلى المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل له العبد، وهذا لأن المستأجر صار غاصبًا للعبد كما استعمله، فإذا ضمن ملكه من ذلك الوقت، وصار منتفعًا بملكه، فلا يجب عليه أجر، فأما الحرّ لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالجناية، وقد صار جانيًا باستعماله، إلا أن ضمان الجناية لا يفيد الملك فى المضمون إذا كان المضمون عبدًا، فإذا كان حرًا أولى، فلم يملكه المستأجر بهذا الضمان، ولم يصر منتفعًا بملك نفسه، فكان عليه الجر فيما عمل قبل الهلاك من هذا الوجه.

قال فى "القدورى": وأحد الوصيّين يملك أن يؤاجر الصبى فى قول أبى حنيفة رحمه الله، ولا يؤاجر عبده، وقال محمد رحمه الله: يؤاجر عبده.

وفى "المنتقى": إذا لم يكن أب الصبى حائكا، فليس لمن كان الصغير فى حجره أن يسلمه إلى حائك؛ لأن التصرف فى الصغير مقيّد بشرط النظر، وفى هذا ضرر بالصغير؛ لأن الحياكة من خسائس الحِرف.

١٣٧٤٣-الوصى إذا آجر منزل اليتيم بدون أجر المثل، يلزم المستأجر أجر المثل أن يصير غاصبًا بالسكنى، ولا يلزم الأجر، ذكر الفضلى رحمه الله فى "فتاواه": أنه يجب

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "فيجوز العقد بتمحض نفعًا".

أن يصير غاصبًا على أصول علمائنا رحمهم الله، ولا يلزم الأجر، فقد قال فى كتاب المزارعة : الوكيل يدفع الأرض مزارعة إذا دفعها رشرط للمزارع من الزرع ما لا يتغابن الناس فى مثله أن الوكيل يصير مخالفًا غاصبًا، ويصير الزرع غاصبًا، ولم يقل هذه مزارعة فاسدة، ولم يحكم فيها بأحكام المزارعة الفاسدة.

قال : وذكر الخصاف فى "كتابه" : أن المستأجر لا يكون غاصبًا، بل يلزمه أجر المثل، وهذا لأن الإجارة لو كانت من المالك، ولم يسمّ بدلا، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، ولو كان سمى فيه الأجر، وجب المسمى، ولا يزاد عليه، فالزيادة على المسمى إنما لم تجب على المستأجر؛ لأن المؤاجر أبطلها بالتسمية، فالوصى أيضًا لو لم يسمّ الأجر أصلا يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإذا سمى الأجر لو لم تجب الزيادة على المسمى، إنما لا يجب لإبطال الوصى الزيادة بالتسمية، وليس له إبطالها سبيل، ويجعل فى حق الزيادة كأن التسمية لم توجد أصلا، والقاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى كان يقول بقول الخصاف، حتى حكى عنه أنه قال : لو غصب إنسان دار صبى، يجب عليه أجر المثل، فما ظنك فى هذا، والفتوى على أنه يجب أجر المثل فى هذه الصورة بالغًا ما بلغ، إلا إذا انتقض المنزل بسبب سكنى المستأجر، وكان ضمان النقصان أنفع لليتيم من أجر المثل، فحينئذٍ يجب ضمان النقصان، أما بدون ذلك يجب أجر المثل.

وهكذا نقول فيمن سكن دار صغير أو حانوت صغير، وأنه معد للاستغلال أنه يجب أجر المثل إلا إذا انتقص بسبب سكناه، وضمان النقصان أنفع فى حق الصغير، فحينئذٍ يجب ضمان النقصان.

وفى وصايا "الفتاوى" : رجل أقعد صبيًا مع رجل يعمل معه، فاتخذ له هذا الرجل كسوة، ثم بدا للصبى أن لا يعمل معه، قال : إن كان أعطاه كرباسًا ، والصبى هو الذى يكلف خياطة لم يكن للرجل على الكسوة سبيل؛ لأن الصبى ملكه بخياطة، فانقطع عنه حق الدافع -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثانى عشر
فى صفة تسليم الإجارة

١٣٧٤٤-إذا وقع عقد الإجارة صحيحًا على مدة أو مسافة، وجب تسليم ما وقع عليه العقد دائمًا مدة الإجارة، لا مانع من الانتفاع؛ لأن تسليم المعقود عليه واجب، وذلك بالتمكين من الانتفاع؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور، فيقام التمكين من الانتفاع مقامه، وذلك بتسليم المحل إليه بحيث لا مانع من الانتفاع، فإن عرض فى بعض المدة أو المسافة ما يمنع الانتفاع، سقط الأجر بقدر مدة المنع، وذلك بأن يغصبه غاصب أو يحدث فيه مرض، أو إباق، أو يغرق الأرض، أو ينقطع عنه الشرب، لأنا أقمنا تسليم المحل قائمًا مقام تسليم المنفعة المستحقّة بالعقد بسبب التميكن من الانتفاع، فإذا فات التمكين، فات التسليم، فينفسخ العقد بقدره، فإن اختلفا بعد انقضاء المدة فى تسليم ما استأجر فى مدة الإجارة، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن الآجر يدعى عليه تسليم المعقود عليه، وتأكد الأجر، وهو ينكر، والبينة بينة الآجر؛ لأن بينة الآجر تثبت التسليم، وتقرر الأجر له على المستأجر، وبينة المستأجر تنفى ذلك.

ولو اتفقا على أنه سلم فى أول المدة، أو المسافة، واختلفا فى حدوث العارض، فقال المستأجر: عرض لى ما منعنى عن الانتفاع به من مرض، أو غصب، أو إباق، وجحد المؤاجر ذلك، فإن كان ذلك العارض قائمًا عند الخصومة، فالقول قول المستأجر مع يمينه البتة، وإن لم يكن قائمًا، فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله؛ لأن فى الفصل الأول الظاهر شاهد للمستأجر، وفى الفصل الثانى الظاهر شاهد للمؤاجر، وإنما يحلف المستأجر البتة؛ لأنه يحلف على فعل نفسه، وهو التسليم، وإنما يحلف المؤاجر على العلم؛ لأنه يحلف لا على فعل نفسه، وإن اتفقا على حدوث المانع، واختلفا فى مدة بقاء المانع، فالقول قول المستأجر؛ لأن القبض الأول قد انقطع بحدوث العارض، فكان هذا خلافًا فى ابتداء القبض، فيكون فيه قول المستأجر.

قال فى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله: المستأجر إذ جاء بالعبد المستأجر

مريضًا، أو قال : قد أبق، وأقام رب العبد البينة أنه عمل كذا وكذا، وأقام المستأجر بينة أنه كان أبق يومئذٍ، أو كان مريضًا، فالبينة بينة رب العبد؛ لأنها هى المثبتة .

١٣٧٤٥-وفى "الأصل": رجل تكارى من رجل منزلا، فقال دونك المنزل، فأنزله، معناه بالفارسية : اينك خانه وجاى فرود آمدن فرود آئى وبنشين، إلا أنه لم يفتح الباب، فجاء رأس الشهر، وطلب صاحب المنزل الأجر، وقال المستأجر : لم تفتحه بى، ولم أنزله، فإن كان يقدر على فتحه، فالكراء واجب، وإن كان لايقدر على فتحه، لا يجب الكراء، وذلك لأنه متى كان قادراً على فتحه وقد خلى الآجر بينه وبين الدار، فقد أتى بالتسليم المستحقّ عليه؛ لأن التسليم المستحقّ عليه بحكم العقد تسليم يتمكن المستأجر من تسلمه، وقد تمكن المستأجر من تسليمه بهذه التخلية التى وجدت من الآجر، فكان آتيًا بالتسليم المستحقّ عليه، فتأكد عليه الدل، كالمنكوحة إذا خلى بها زوجها وهو ممن يقدر على الجماع، فإنه يجب المهر، وإن لم يوجد الجماع، وكالبائع إذا خلى بين المبيع وبين المشترى، فإن المشترى يصير قابضًا له، وإن لم يقبضه حقيقة؛ لأنه يتمكن من قبضه بهذه التخلية، كذا هنا .

وإن كان لا يقدر على فتحه فلا أجر عليه؛ لأنه لم يأت بالتسليم المستحقّ عليه بالعقد؛ لأن المستأجر لم يتمكن من التسليم بهذه التخلية إذا كان لا يقدر على فتحه، وبدون التسليم لايستحق الأجر، وكان كالمنكوحة إذا خلى بها زوجها، وهى بحال لا يتمكن الزوج من جماعها، بأن كانت رتقًا أو حائضًا أو نفساء، فإن المهر لا يتأكد بهذه التخليج؛ لأن التسليم لم يوجد، كذا ههنا .

ومعنى القدرة المذكورة فى "الكتاب": القدرة على الفتح من غير مؤنة يلزمه، حتى لو لم يقدر على الفتح إلا بمؤنة تلزمه لا تعتبر القدرة .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : وكسر الغلق ليس بشيء حتى لايكون للآجر أن يحتج على المستأجر، فيقول : هلاّ كسرت الغلق ودخلت الباب .

١٣٧٤٦-وإذا استأجر داراً سنة، فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر، وقد طلب التسليم، ثم تحكمًا، فليس للآجر أن يمنع المستأجر من القبض، وليس للمستأجر أن يمتنع

من القبض فى باقى المدة؛ لأن الإجارة عندنا فى حكم العقود[١] المتفرقة، يتجدد انعقادها بسبب حدوث المنافع، ففوات المعقود عليه فى عقد لا يؤثر فى إثبات الخيار فى عقد آخر.

قالوا: هذا إذا لم يكن فى مدة الإجارة وقت يرغب الإجارة لأجله، فأما إذا كان، فإذا لم يسلم إليه فى الوقت الذى يرغب فى الإجارة لأجله، يتخير فى قبض الباقى، ولو سلم الدار إلا بيتًا كان مشغولا بمتاع الآجر، رفع عنه الأجر بحساب ذلك، بخلاف ما إذا انهدم بيت منها أو حائط منها، وسكن المستأجر فى الباقى، حيث لا يسقط شىء من الأجر -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفى م: "المعقود".

الفصل الثالث عشر
فى المسائل التى تتعلق برد المستأجر على المالك

١٣٧٤٧-قال محمد رحمه الله : وليس على المستأجر رد ما استأجر على المالك، وعلى الذى آجر أن يقبض من منزل المستأجر، وليس هذا كالعارية، فإن رد العارية على المستعير، والفرق أن الرد نقض القبض، فكل من كان منفعة القبض عائدة إليه، كان الرد عليه، قال النبى ﷺ: «الخراج بالضمان»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «الغنم بإزاء الغرم»، ومنفعة قبض المستعار عائدة إلى المستعير؛ لأن المنفعة سلمت له مجانًا، فكان مؤنة الرد عليه، ولهذا كان نفقة المستعار على المستعير، ومنفعة قبض المستأجر[2] عائدة إلى المؤاجر، فإن حقه يتأكد فى الأجرة، فكن مؤنة الرد عليه.

فإن قيل: منفعة قبض المستأجر عائدة إلى المستأجر أيضًا، فإنه كان بالقبض يتمكن من الانتفاع.

قلنا: الترجيح لجانب الأجر؛ لأن منفعته فوق منفعة المستأجر؛ لأن الحاصل للأجر عين، وأنه يبقى، والحاصل للمستأجر مجرد منفعة، ، وأنها لا تبقى، وما يبقى خير مما لايبقى، فكان الرجحان لجانب الآجر، فكان هو أولى بإيجاب الرد عليه.

الثانى: أن يساوى الجانبان، فلا جرم يقع التعارض بينما يوجب الرد على الآجر، وبينما يوجب الرد على المستأجر، فنقول: إيجابه على الآجر أولى؛ لأن المستأجر ملكه، ومؤنة الملك على المالك بقضية الأصل.

١٣٧٤٨-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا استأجر الرجل رحى يطحن عليه شهرًا بأجر مسمى، فحمله إلى منزله، فمؤنة الرد على رب الرحى، وأراد بالرحى

(١) أخرجه أخرجه أبو داود فى باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله، والنسائى فى "سننه" (٤٤٩٠): باب الخراج بالضمان، وابن ماجه فى "سننه" (٢٢٤٣): باب الخراج بالضمان، والشافعى فى "مسنده" (١/ ٢٤٣ و١٨٩، والدارقطنى فى "سننه".

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: "المستعار".

رحى اليد، ويقال بالفارسية: دست أس، ثم قال: والمصر وغير المصر فى ذلك سواء فى القياس فى الإجارة والعارية فى الإجارة يجب على رد المال، وفى العارية [يجب مؤنة الرد][(١)] على المستعير.

قال مشايخنا رحمهم الله: وتأويل هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال فى الإجارة والعارية، ففى الإجارة يجب مؤنة الرد على رب المال، وفى العارية يجب مؤنة الرد على المستعير، فإن حصل الإخراج بغير إذن رب المال فمؤنة الرد على أنه أخرجه مستعيرًا كان أو مستأجرًا؛ لأنه صار غاصبًا بالإخراج، ومؤنة الرد على الغاصب.

١٣٧٤٩-قال ابن سماعة رحمهما الله فى "نوادره" عن محمد رحمه الله: رجل استأجر من آخر دابة أيامًا معلومة يركبها فى المصر، فانقضت الأيام، فأمسكها فى منزله، ولم يجئ صاحبها يأخذها، فنفقت الدابة، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدّ فى هذا الإمساك، فإن على رب الدابة أن يجيء فيقبضها، فلو أن المستأجر ساق الدابة ليردها على المؤاجر فى منزله مع أنه ليس عليه الرد، وهلكت فى الطريق، فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر، وذهب عهذا الرجل بالدابة ليردها على المالك، فهلكت فى الطريق، فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر، وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك، فهلكت فى الطريق، كان عليه الضمان، ويصير بالإخراج عن البلد غاصبًا.

ولو استأجرها من موضع مسمى إلى موضع مسمى يذهب عليها ويجيء، فإن على المستأجر أن يردها إلى الموضع الذى استأجرها فيه، وهذا الشرط معتبر، وهو بمنزلة بيان مكان الإيفاء فى السلم[(٢)]، فإن ذهب بها إلى منزله، وأمسكها ضمن إذا هلكت؛ لأنه متعدى فى الذهاب بها إلى منزله، وفى إمساكه إياها فى منزله.

ولو قال: اركبها إلى موضع كذا، وارجع إلى منزلى، فليس على المستأجر أن يردها إلى المكان الذى استأجرها فيه، وعلى الآجر أن يأتى منزل المستأجر ويقبضها منه.

---

(١) هكذا فى الأصل.

(٢) وفى الأصل "بمنزلة بيان مكان الإيفاء فى السلم، فإن فى السلم فإن وهب"... إلخ.

١٣٧٥٠-وفي "المنتقى" : استأجر دابة وردها إلى منزل[1] المؤاجر، وأدخلها مربطها فربطها، أو أغلق عليها، فلا ضمان عليه، يعني إذا هلكت، أو ضاعت، كالشيء يفعل بها صاحبها، إذ ردت عليه، فإذا فعل المستأجر برئاً، ولو أدخلها دار صاحبها، أو أدخلها مربطها، ولم يربطه، ولم يغلق عليها، فهو ضامن، يعني إذا هلكت، أو ضاعت، وسيأتي بعض هذه المسائل في فصل إجارة الدواب -والله أعلم بالصواب- .

(١)هكذا في ظ، وكان في الأصل و م "وردها إلى المستأجر وأدخلها" . . . إلخ .

الفصل الرابع عشر
فى تجديد الإجارة بعد صحتها، والزيادة فيها

١٣٧٥١-وإذا زاد الآجر والمستأجر فى المعقود عليه، أو فى المعقود به، فهذا على وجهين: إن كانت الزيادة مجهولة لا تجوز الزيادة، سواء كانت الزيادة من الآجر أو من المستأجر، وإن كانت الزيادة معلومة إن كانت من جانب الآجر يجوز، سواء كان الزيادة من جنس ما آجر أو من خلاف جنس ما آجر، وإن كانت الزيادة من جانب المستأجر، إن كانت الزيادة من جنس ما استأجر لا يجوز، ولأنه تمليك منفعة بمنفعة من جنسها، وأنه باطل عندنا، وإن كانت من خلف جنس ما استأجر يجوز؛ لأنه تمليك منفعة بمنفعة، بخلاف جنسها، وأنه جائز، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله هذه الجملة فى "شرح كتاب الصلح".

إبراهيم عن محمد رحمهما الله: استأجر من آخر أرضًا بأكرار حنطة، فزاد رجل المؤاجر كرًا، فأجره المؤاجر منه، فذهب المستأجر الأول فزاده كرًا أيضًا، وجدده الإجارة، فالإجارة هى الثانية، وانفسخت الأولى لمقتضى تجديد الثانية.

وذكر هذه المسألة عن أبى يوسف رحمه الله ووضعها فيما زاد المستأجر الأولى على المستأجر الثانى فى الأجر، وسلمها رب الدار بهذه الزيادة وبالأجر الأول، وذكر أن الإجارة الأولى لا تنقض، وهذه زيادة زادها فى الأجر.

وحاصل الجواب: أن صاحب الدار إذا جدّد الإجارة تنتقض الأولى، وإذا لم يجدد لاتنتقض الأولى، وتكون الثانية زيادة الأولى.

١٣٧٥٢-عن محمد رحمه الله: استأجر رجلا ليعمل له عمل مسمى بأجر معلوم، ثم أمره فى خلال الشهر بعمل آخر مسمى بدرهم مثلا، فالإجارة الثانية فاسخة للإجارة الأولى بالقدر الذى دخل فى الإجارة الثانية، حتى لا يكون له أجران، بل يرفع عنه بحصة ذلك العقد، فإذا فرغ من العمل الثانى لزمه أجره، وذلك درهم، وتعود

الإجارة الأولى -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس عشر
في بيان ما يجوز من الإجارات وما لا يجوز

هذا الفصل مشتمل على أنواع : نوع يفسد العقد فيه لمكان الجهالة :

١٣٧٥٣-قال محمد رحمه الله في "الأصل" : إذا استأجر قدرًا بعينه ليطبخ فيه اللحم، فإن بين الوقت، بأن قال : يومًا، أو بين مقدار اللحم يجوز، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة، فكذا في إجارة الموازين والمكاييل، ينبغي أن يبين المدة، أو مقدار ما يكيله، أو يزنه به، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة، قال في "الأصل" : إذا استأجر الرجل نصيبًا من دار غير مسمى، بأن قال لغيره : استأجرت منك نصيبك من هذه الدار، أو من هذه العبد، أو من هذه الدابة، ولم يبينا نصيبه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يجوز، إذا علم بالنصيب بعد ذلك، وهو قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يشكل أنه لا يجوز ؛ لأن المستأجر مشاع مجهول، فإن النصيب مجهول لا يدرى أنه ثلث أو ربع أو نصف، ولهذا قال : لو باع نصيبًا من دار، والمشترى لا يعلم لا يجوز البيع لجهالة المبيع، فدل أن المستأجر مشاع مجهول، ولو كان مشاعًا معلومًا، بأن آجر النصف أو الثلث لم يجز عنده، فإذا كان مشاعًا مجهولا أولى أن لا يجوز.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا يشكل أنه يجوز ؛ لأن جهالة النصيب عند المشترى لا تمنع جواز البيع عنده، حتى قال : إذا اشترى نصيبًا من دار، ولم يعلم مقداره جاز، وله الخيار إذا علم بالنصيب بعد ذلك، فلا يمنع جواز الإجارة أيضًا، فإذا لم يجز أن يمتنع الجواز لأجل هذه الجهالة على مذهبه، بقي بعد ذلك مجرد الشيوع، والشيوع غير مانع من الإجارة، وإنما الإشكال على قول محمد رحمه الله، وذلك لأن جهالة النصيب عنده تمنع جواز البيع، فيجب أن يمتنع جواز الإجارة أيضًا.

وإن كان الشيوع لا يمنع الجواز على مذهبه، ولكن من مشايخنا من قال : بأن قول محمد ههنا ملحق بقول أبي حنيفة رحمه الله لا بقول أبي يوسف رحمه الله ؛ لأنه كما ذكر

قول محمد رحمه الله عقيب قول أبى يوسف رحمه الله ، فقد ذكر قول أبى حنيفة رحمه الله ، فيحلق قوله بقول أبى حنيفة رحمه الله أن لا تجوز هذه الإجارة على قول أبى حنيفة ، وهو قول محمد رحمه الله ، فعلى هذا لا يثبت الرجوع عن محمد رحمه الله فى البيع .

ومنهم من قال : قول محمد رحمه الله ملحق بقول أبى يوسف رحمه الله ، يعنى تجوز الإجارة على قوله ، واختلفوا فيما بينهم ، منهم من أثبت رجوع محمد رحمه الله عما ذكر فى البيع ؛ لأن جهالة النصيب إذا لم تمنع جواز الإجارة لاتمنع جواز البيع ، ومن من لم يثبت رجوع محمد رحمه الله عن فصل البيع ، وفرق على قوله بين الإجارة والبيع .

والفرق وهو أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة فى حق المنافع ، والأجرة تجب عند استيفاء المنافع ، وعند استيفاء النصيب معلوم ، فأما البيع ينعقد حال وجوده ، والمبيع حال وجود البيع مجهول ، فلا يجوز .

قال : رجل استأجر أرضًا ، ولم يذكر أنه يزرعها ، أو ذكر أنه يزرعها ، ولكن لم يذكر أىّ شىء يزرعها ، فالإجارة فاسدة ، أما إذا لم يذكر أنه يزرعها ، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه ؛ لأن الأرض تستأجر تارةً للزراعة ، وتارة للبناء والغرس ونحوهما ، ولا رجحان للبعض على البعض ، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا .

وكذلك إذا ذكر أنه يزرعها ، إلا أنه لم يبين أى شىء يزرعها ، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه ؛ لأن الأرض تستأجر لزراعة الحنطة ، وتستأجر لزراعة الشعير ، وتستأجر لزراعة الذرة والأرز ، ويتفاوت ذلك فى حق الأرض تفاوتا فاحشا ، فما لم يبين شيئًا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلومًا ، فإن زرعها نوعا من هذه الأنواع ، ومضت المدة ، فالقياس أن يجب أجر المثل ؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد .

وفى الاستحسان : يجب المسمى ، وينقلب العقد جائزًا ؛ لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال ، والإجارة بعد فى الانعقاد ، فصار ارتفاع الجهالة فى هذه الحالة ، وارتفاعها لذى العقد سوء ، فيجوز العقد .

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى بغداد ليحمل عليها ، ولم يذكر أىّ شىء يحمل عليها ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن الأحمال متفاوتة ، فإن اختصما قبل أن يحمل عليها شيئًا

أبطل القاضى الإجارة؛ لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، وإن حمل عليها ما يحمل الناس على مثلها، وهلكت فى الطريق، فلا ضمان؛ لأنه حمل عليها بإذن صاحبها، وإن بلغ ذلك المكان المسمّى، فعليه أجر المثل قياسًا، والمسمى استحسانًا، وقد مرّ وجه القياس والاستحسان فى المسألة المتقدمة،

١٣٧٥٤-قال: وإذا استأجر الرجل إبلا إلى مكة ليحمل عليها محملا فيه رجلان، وما يصلحهما من الولاء والدبر، وقد رأى المكارى الرجلين، ولم يرا الوطء والدبر، فهو فاسد قياسًا لجهالة المحمول، وفى الاستحسان: يجوز، ويتصرف ذلك إلى ما يحتاج إليه مثلهما فى طريق مكة من الوطء والدبر، وذلك معلوم عرفًا فيما بينهم، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، وكذلك إذا استأجر زاملة يحمل عليها كذا كذا من الدقيق والسويق، وما يصلحهما من الخل والزيت، وتعلق به من المعاليق من المطهرة وما أشبها، ولم يبين شيئًا من ذلك، فهو على القياس والاستحسان الذى ذكرنا.

وإذا استأجر إبلا أو حمارًا ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار الحنطة، ولا أشار إليها، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه من كتاب الإجارات: أنه لايجوز، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى شرحه: أنه يجوز، وينصرف إلى المعتاد، وهذا القول أشبه بمسألة المحمل والزاملة.

١٣٧٥٥-وقال محمد رحمه الله فى كتاب الإجارات: إذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسمّ كم يطحن عليها كل يوم جاز؛ لأنه بين جنس العمل إلا أنه لم يبين مقداره، وبيان جنس العمل يكفى لجواز الإجارة، وله أن يطحن عليها مقدر ما تحمل الدابة، وتطيق، وما يطحن مثلها قدرًا فى العرف، قال: وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها جاز، وله أن يحمل عليها قدر ما تحتمل.

١٣٧٥٦-قال: رجل استأجر دارًا أو بيتًا، ولم يسم الذى يريدها له، القياس أن تفسد الإجارة، وفى الستحسن لا تفسد، وجه القياس أن المقصود من الدار والبيت الانتفاع، ووجوه الانتفاعات مختلفة متفاوتة، قد تكون من حيث السكنى، ووضع الأمتعة، وقد تكون من حيث الحدادة والقصارة، فلا تجوز ما يبين شيئًا من ذلك، كما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها، أو استأجر للركوب، ولم يبين من

يركب .

وجه الاستحسان : أن المعقود عليه معلوم عرفًا ، وهو السكنى ؛ لأن البيت عرفًا يبتنى ، ويؤاجر للسكنى ، فانصرف مطلق العقد إليه ؛ لما عرف أن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا ، فكأنه استأجر دارًا أو بيتًا للسكنى ، ولو صرّح بذلك أليس أنه يجوز ، وإن لم يبين من يسكن ؛ لأن السكنى مما لا يقع فيه التفاوت بين ساكن وساكن ، بخلاف ما استأجر دابة للحمل أو الركوب ، ولم يبين ماذا يحمل ، ومن يركب ؛ لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص غير معلوم عرفًا لينصرف مطلق العقد إليه ، بل الكل متعارف ، والحمل والركوب مما يقع فيه التفاوت ، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا ، فلا يحكم بجواز الإجارة .

وإذا دفع الرجل إلى سمسار درهمًا ، وأمره أن يشترى له كذا وكذا على أن يكون الدرهم المدفوع إليه له ، أو دفع إليه ثوبًا وأمره أن يبيعه ، ويكون هذا الدرهم له ، أو استأجر الرجل رجلا آخر ليبيع له ، أو يششترى له ، فهذا فاسد ؛ لأن البيع والشراء ، قد يتمان بكلمة واحدة ، وقد يتمان بكلمات ، فكان المعقود عليه مجهولا .

والحيلة فى ذلك من وجهين : أحدهما أن يستأجر يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له ويشترى ؛ لأن المعقود عليه فى هذه الصورة المنفعة ، ولهذا يستحق الأجر ، متى سلم نفسه ، وقد صارت المنفعة معلومة ببيان الوقت .

الثانية : أن يأمره أن يبيعه ويشترى ولا يشترط له شيئًا ، فيكون معيّنا له ، ثم يعوّضه بعد الفراغ من العمل بمثل ذلك الأجر ؛ لأن هذا استعانة ابتداء إجارة انتهاء ، ولهذا قال مشايخنا رحمهم الله : يجبر على إعطاء العوض إذا امتنع ، ثم فى السمسار وجميع ما كان فاسدًا من ذلك إذا باع واشترى ، فله أجر المثل ، لا يجاوز به المسمى ، كما فى سائر الإجارات الفاسدة ، ويطيب له ذلك ؛ لأنه بدل عمله ، فيطيب له كما تطيب قيمة المبيع للبائع فى البيع الفاسد عند عجز المشترى عن رد العين ؛ لأنه بدل ملكه ، لكن يأثم بمباشرة هذا العقد ؛ لأنه معصية .

١٣٧٥٧-وإذا استأجر نهرا يابسا ليجرى فيه الماء إلى أرض له ، أو إلى رحى ماء له ، أو استأجر مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه ، أو ستأجر مثزابًا ليسيل فى غسالته ، أو

بالوعته ليصبّ فيها بوله والنجاسات لا تجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول.

أما فى الفصل الأول فلأنه لا يمكنه إجراء الماء فى كل النهر؛ لأن النهر لا يستمسك ذلك، فلا بد من أن ينقص شيئًا، وقدر ما ينقص مجهول، فيصير الباقى مجهولا، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد إذا لم يكن للناس فيه تعامل، خرج على هذا الدخول فى الحمام بأجر حيث يجوز مع جهالة المعقود عليه؛ لأن للناس فيه تعامل، وأما فيما عدا ذلك من الفصول فلأن ما يسيل من الماء[1] البول قد يقلّ، وقد يكثر.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: الحرف المعتمد فى جنس هذه المسائل أن الإجارات جوّزت بخلاف القياس لحاجة الناس، وهذه ليست من إجارات الناس، فيعمل فيها بالقياس، وروى عن محمد إذا استأجر موضع أرض معروف ليسيل ماءه، فهو جائز، كأنه ذهب إلى أن المنافع من جواز العقد الجهالة؛ لأنه لا يدرى كم يأخذ الماء من النهر، ومن السطح، فإذا عيّن الموضع جاز.

١٣٧٥٨-ولو استأجر مثزابًا ليركبه فى داره جاز، ولو استأجره وهو فى الحائط ليسيل الماء فيه لم يجز؛ لما قلنا، وإذا استأجر موضعًا من حائط ليصنع عليه جذعًا، أو ستأجر موضع كوّة من الحائط ينقبها ليدخل عليه منها الضوء والريح، أو استأجر حائطًا ليبنى عليه سترة، أو استأجر موضع وتد فى الحائط ليعلق به الأشياء، أو استأجر موضع مثزاب فى حائط لا يجوز، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنما لا يجوز إذا لم يبين موضع البناء والجذع والكوة والوتد حتى يكون المعقود عليه مجهولا، أما إذا بيّن ذلك يجوز، ومنهم من قال: إنما لا يجوز إذا لم يبين مقدار الجذع والكوة والوتد، حتى لا يجوز لمكان الجهالة، أما إذا بين جاز، ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه، والمعنى ما ذكرنا أنه ليس من إجارات الناس.

١٣٧٥٩-وإذا استأجر موضعًا معلومًا من الأرض ليتد فيها الأوتاد، يصلح بها الغزل كى ينسج جاز؛ لأنه من إجارات الناس، ولو استأجر حائطًا ليتد فيها الأوتاد ليصلح عليها الإبريسم لينسج به شعرًا أو ديباجًا لا يجوز، كذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله؛ لأنه ليس من إجارات الناس، وفى عرف ديارنا ينبغى أن يجوز؛ لأن الناس

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل و م: "من الماء والبول".

تعاملوا ذلك في الفصلين جميعًا .

١٣٧٦٠-وإذا تكارى دابة إلى بغداد على أنه إن بلغه إليها ، فله رضاه ، يعني ما يرضى من الأجر ، فالإجارة فاسدة لجهالة البدل ، وكذلك إذا استأجرها بحكمه ، أو بحكم صاحب الدابة .

فإن قيل : جهالة البدل إنما توجب فساد الإجارة إذا لم يكن الخيار مشروطًا لصاحب البدل ، فأما إذا كان مشروطًا له فلا ، ألا ترى أن من قال غيره : آجرت منك هذه الدابة إلى بغداد بهذين العبدين على أنك بالخيار ، تأخذ أيهما شئت ، وترد الآخر جاز ، والأجر مجهول ، ولكن لما شرط الخيار لصاحب البدل ، لم يمنع ذلك جواز الإجارة .

قلنا : هذا إذا كان جنس البدل معلومًا ، وهنا جنس البدل مجهولا ، فإن قال : رضاي عشرون ، لا يزاد على العشرين ؛ لأن المنافع لا تتقوم بدون التسمية ، وقد سمى عشرون ، فأيما قومها بهذا القدر لا يزاد عليه ، ولأنه أبرأه عن الزياد لما قال : رضاي عشرون ، وينقص عن العشرين ؛ لأنه لم يشترط لصاحب البدل مع العشرين منفعة أخرى ، وفي مثل هذه الإجارة ينقصُ عن المسمى لما نبيّن بعد هذا - إن شاء الله - .

وكذلك إذا تكارى دابة بمثل ما يتكارى به أصحابه ، كانت الإجارة فاسدة ، قالوا : وهذا إذا لم يكن ما يتكارى أصحابه مثل هذه الدابة معلومًا ، بل كان مختلفا ، بأن كان ذلك بعض أصحابه يكرى مثل هذه الدابة بالعشرة ، وبعضهم يكرى بأقل من ذلك ، وبعضهم بأكثر من ذلك ، فأما إذا كان ذلك معلومًا بأن كان أصحابه يتكارون مثل هذه الدابة بعشرة لا يزيدون ولا ينقصون ، وقد عرف ذلك ، كان العقد جائزًا ، كما لو باع مثل ما باع فلان ، وكان ذلك معلومًا وقت العقد ، أو علم في مجلس العقد ، وهناك البيع جائز ، هكذا هنا ، وإن كان ذلك مختلفًا ، فعليه وسط من ذلك ، يريد به أن أجر مثل هذه الدابة يختلف باختلاف الأحوال ، قد يكون عشرة ، وقد يكون أكثر من عشرة ، وقد يكون أقل من عشرة ، فعليه الوسط من ذلك نظر من الجانبين ، ومراعاة لكلا الطرفين - والله أعلم بالصواب - .

نوع آخر:

١٣٧٦١-يفسد العقد فيه لمكان الشرط، قال محمد رحمه الله في "الأصل": رجل استأجر من آخر عبداً شهراً بأجر مسمى على أنه إن مرض، فعليه أن يعمل بقدر الأيام التي مرض من الشهر[1] الداخل، لا تجوز هذه الإجارة؛ لأن ما شرط له من الشهر الداخل مجهولة لجهالة مدة المرض في الشهر القائم.

١٣٧٦٢-رجل تكارى من رجل بيتاً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكنه يوماً ثم خرج فعليه عشرة دراهم، كانت الإجارة فاسدة؛ لأنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أنه شرط جميع بدل المعقود عليه بإزاء بعضه حال فوات الباقي، قبل القبض، والعقد لا يقتضي ذلك، وكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة على أنه إن هلك شيء منها قبل القبض فعليه الثمن كله، كان البيع فاسداً، وإنما كان فاسداً لمعنى الذي ذكرنا.

١٣٧٦٣-وإذا تكارى دابة على أنه كلما ركب الأمير ركب هو معه، فهذا فاسد أيضاً لجهالة المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلوماً إلا بذكر المدة، أو بذكر المكان، ولم يوجد أحد هذين، فكان المعقود عليه مجهولاً، فلا يجوز.

١٣٧٦٤-وإذا تكارى دابة بالكوفة إلى بغداد بخمسة دراهم إن بلغه، وإلا فلا شيء له، فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة، بيانه: أنه شرط أن لا يكون له أجر متى لم يبلغه، والعقد يقتضي وجوب الأجر بقدر ما سار، وإن لم يبلغه إلى بغداد.

١٣٧٦٥-وفي "الأصل": إذا استأجر أرضاً بدراهم مسماة، وشرط خراجها على المستأجر، فإن هذا لا يجوز، واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما إن كان الخراج خراج مقاسمة كلها بأن كان الخراج نصف ما تخرجه الأرض، أو ما أشبه، أو بعضها، بأن كان وظيفة كل جريب درهم وسدس ما يخرج منها، أو ما أشبه، أو كان الخراج خراج وظيفة كلها، بأن كانت وظيفة كل جريب درهماً، فإن كان الخراج خراج مقسمة كلها أو بعضها، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن خراج المقاسمة على

(١) وفي الأصل: "مرض فيها من الشهر".

المؤاجر عنده، فإذا شرطه على المستأجر، فقد جعله أجرًا، وأنه مجهول كله، أو بعضه؛ لأن مقدار ما يخرج من الأرض مجهول.

أو نقول: شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد؛ ولأحد المتعاقدين وهو الآجر فيه نفع، فإن أداء الخراج لا ينفك عن ذُل وهَوان، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد.

وعندهما يجوز العقد؛ لأن عندهما خراج المقاسمة على المستأجر، فقد شرطا شرطًا يقتضيه العقد، فلا يفسد به العقد، وإن كان الخراج خراج وظيفة كلها، فالعقد جائز بلا خلاف بين العلماء؛ لأن خراج الوظيفة معلوم، فيكون الأجرة معلومة.

ومن مشايخنا رحمهم الله من قال: ينبغي أن لا يجوز، وإن كان الخراج خراج وظيفة؛ لأن النقصان من وظيفة عمر رضي الله عنه جائز إن كان الأرض لاتطيق ذلك بالإجماع، وقدر ما ينقص مجهول لا يعرف؛ ولأن خراج الوظيفة على الآجر بالإجماع، فإذا شرطا ذلك على المستأجر فقد شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين وهو الآجر فيه منفعة، فيفسد به العقد.

١٣٧٦٦-ولو كانت أرضًا عشرية فآجرها، وشرط العشر على المستأجر جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن العشر عندهما على المستأجر، فقد شرطا شرطًا يقتضيه العقد، فلا يوجب فساد العقد، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لايجوز؛ لأن العشر عنده على المؤاجر، فإذا شرط ذلك على المستأجر فقد جعله أجرًا، وأنه مجهول، وشرط شرطًا لا يقتضيه العقد، فيوجب فساد العقد.

١٣٧٦٧-قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل استأجر أرضًا بدراهم على أن يكريها ويزرعها، أو يسقيها ويزرعها، فهذا جائز؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد، فإن العقد يقتضي السقي والكراب؛ لأن العقد عقد المزارعة، ولا ينتفع بالأرض من حيث الزراعة غالبًا إلا بالسقي والكِراب.

وإن شرط عليه أن يثنيها، ويكرى أنهارها، أو يسرقنها، فهو فاسد، واختلفوا في تفسير التثنية، قال بعضهم: أن يردها مكروبة، فإن كان تفسيره هذا، فهو شرط مخالف للعقد؛ لأنه شرط تعود منفعته إلى رب الأرض بعد انتهاء الأرض، وقال بعضهم: تفسير التثنية أن يكريها مرتين، ثم يزرعها، فإن كان تفسيره هكذا، فالفساد يختص بديارهم؛

لأن في ديارهم تخرج الأرض ريعًا تامًا بالكراب مرة، وكذا في ديار نسف، فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطًا لا يقتضيه العقد؛ ولأحدهما فيه منفعة، وهو رب الأرض؛ لأن منفعة الكراب تبقى بعد مدة الإجارة، فيوجب فساد العقد حتى لو كانت لا تبقى لا يفسد العقد.

وأما إذا كان الأرض في بلدة تحتاج إلى تكرار الكِراب، فاشتراط التثنية لا تفسد العقد؛ لأنه يكون من مقتضيات العقد.

وكذلك إذا أشرط عليه أن يسرقنها، فإن كان السرقين من عند المستأجر، فقد شرط عليه عينًا هو مال، فإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني يفسد العقد؛ لأنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، وهو الآجر، وإن كان لا يبقى منفعة إلى العام القابل لايفسد العقد.

١٣٧٦٨ -ذكر شيخ الإسلام في شرح الإجارات: إذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة، فإن كان شرط أن يردها مكروبة بكراب في مدة الإجارة، فالعقد فاسد؛ لأن وقت الكراب مجهول، قد يكون يومًا، وقد يكون يومين أو ثلاثة، وذلك الوقت مستثنى عن الإجارة؛ لأن المستأجر فيه عامل لرب الأض، فيوجب جهالة مدة الإجارة، فتفسد الإجارة.

وإن شرط أن يرده مكروبة بكراب يكون بعد الإجارة، فالمسألة على وجهين، إما إن قال صاحب الأرض: آجرتك هذه الأرض بكذا، وبأن تكريها بعد مضي المدة، وفي هذا الوجه العقد جائز، وأما إذا قال: آجرتك بكذا على أن تكريها بعد انقضاء مدة الإجارة، وفي هذا الوجه العقد فاسد، وإن أطلق الكراب إطلاقًا ينصرف إلى الكراب بعد العقد، ويصح العقد، ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكرنا هنا، ولا يظنّ به رحمه الله أنه قال: ذلك جزافًا، فالظاهر أنه عثر على رواية أخرى بخلاف ما ذكر ههنا.

١٣٧٦٩ -وكذلك إذا شرط كرى الأنهار على المستأجر يفسد العقد؛ لأنه شرط ما لايقتضيه العقد على المستأجر؛ لأن قضية العقد أن يكون على المؤاجر؛ لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، فيكون على الآجر، فاشتراطه على المستأجر يخالف مقتضى

العقد، ومن مشايخنا رحمهم الله من فرّق بين الجداول والأنهار، فقال: اشتراط كرى الجداول صحيح؛ لأنه لا يبقى أثره بعد مضى السنة، أما أثر كرى الأنهار، يبقى بعد مضى السنة، فيصير الأجر شارطًا عليه عملا يختص هو بمنفعه، والأول أصح.

١٣٧٧٠-وإذا تكارى داراً من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها، فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط فى الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللمؤاجر فيه منفعة، فإن المستأجر إذا لم يسكن الدار لم يمتلئ بئر الوضو والمخرج، وإذا سكن يمتلئ ذلك، والتفريغ على رب الأرض، فيتضرر، فكان فى هذا الشرط منفعة لرب الأرض من هذا الوجه، وقال: فيمن استأجر داراً، وشرط على المستأجر أن يسكن هو بنفسه، ولا يسكن معه غيره، أن الإجارة جائزة، وللمؤاجر فى هذا الشرط فائدة؛ لأنه متى يسكن معه غيره، يمتلئ بئر المخرج، والوضوء أسرع مما يمتلئ لو سكن هو وحده، ومع هذا جوز العقد فى هذه الصورة، ولم يجوز فى الصورة الأولى، قال الشيخ الإمام رحمه الله فى "شرحه": لا بد من التأويل إذ لا يجب بينهما فرق، فتقول تأويل الصورة الثانية أنه لم يكن فى الدار بئر بالوعة، ولا بئر وضوء، ومتى لم يكن فيها بئر، فلا منفعة للمؤاجر فى هذا الشرط؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن ما يجتمع على ظاهر الدار، فإخراج ذلك على المستأجر، وكثرة السكان لا توهن البناء، ولاتفسده.

وتأويل الصورة الأولى: أنه كان فى الدار بئر وضوء وبئر بالوعة، وإذا كان كذلك كان لرب الدار فى هذا الشرط نوع منفعة، وأنه شرط لا يقتضيه العقد، فأوجب فسادها، ثم إذا فسدت الإجارة فى هذه الصورة أعنى فى الصورة الأولى، فسكن فيها المستأجر، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

رجل تكارى من رجل داراً كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو بنفسه، وأهله على أن يعمر الدار ويرم ما كان فيها من خراب، ويعطى أجر حارسها، وما نابتها من نائبة من جهة سلطان أو غيره، فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل بعض الأجر مجهولا جهالة توقعهما فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ لأنه متى لم توجد النائبة ولم يخرج شىء من الدار حتى لم يحتج إلى المرمة، لا يدرى بأى قدر يعطيه، وجهالة الأجر وإن قلت يوجب فساد الإجارة.

قالوا: وهذا الجواب صحيح في العمارة والنوائب؛ لأن العمارة والنوائب على رب الدار، وأنها مجهولة في نفسها، فصار هو بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولا، فأما أجر الحارس فهو على الساكن، فلا يكون بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولا، فلا يفسد العقد، فإن لم يسكنها، فلا أجر عليه؛ لأن الإجارة فاسدة، والأجر في الفاسد من الإجارات لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، وإن سكنها فله أجر مثلها بالغًا ما بلغ، يجاوز بها المسمى المعلوم.

والأصل أن العقد إذا فسد مع كون المسمى كله معلومًا لمعنى آخر يجب أجر المثل، ولا يزاد على المسمى حتى إن المسمى إذا كان خمسة، وأجر المثل عشرة، يجب خمسة لا غير، وهذا لأن المنافع عندنا غير متقومة بنفسها، وإنما يثبت لها حكم التقوم بالعقد، وقد قوّمها بالعقد بقدر التسمية، وأمكن اعتبار التسمية إذا كان المسمى معلومًا كله، فمازاد عليها يبقى غير متقومة على ما كانت في الأصل، وإذا فسد العقد لجهالة المسمى، أو لعدم المسمى يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، حتى إن المسمى إذا كان خمسة، وأجر المثل عشرة يجب عشرة؛ لأنه لايمكن تقويم المنافع في هذه الصورة بالمسمى، فأوجبنا قيمتها بالعقد بالغًا ما بلغت، وكذلك إذا كان المسمى بعضه مجهولا وبعضه معلومًا، كما في مسألة المرمة والنابية يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى؛ لأنه بعضه مجهول، ولايمكن تقدير القيمة بقدر المعلوم؛ لأنهما ما قوّماها به فحسب، وإنما قوماها به وبالزيادة، وإذا تعذر تقويمها بجميع المسمى وبالقدر المعلوم، أوجبنا قيمتها بالغة ما بلغت.

وهذا هو الكلام في طرق الزيادة على المسمى، وأما الكلام في طرف النقصان عن المسمى نقول: إذا كان المسمى كله معلوم القدر، وفسد العقد بسبب آخر من الأسباب ينقص عن المسمى حتى إنه إذا كان أجر المثل خمسة والمسمى عشرة، يجب فيه خمسة، وإذا كان المسمى بعضه مجهولا، وبعضه معلومًا، لاينقص عن القدر المعلوم حتى إن في مسألة النائبة والمرمة إذا كان أجر المثل خمسة يجب عشرة، وهو القدر المعلوم من المسمى، وهذا لأن قضية القياس فيما إذا كان المسمى كله معلوم القدر أن لا ينقص عن المسمى؛ لأن قيمة المنافع ثبت بسبب التسمية، فيجب التقدير بها ما أمكن، كما في الجائز، والتقدير بها ممكن إذا كان المسمى كله معلوم القدر، فيجب التقدير بها إلا أنا

تركنا القياس لضرورة، وهو أن لا يقع التسوية بين الجائز والفاسد، ولا تجوز التسوية بينهما، وهذه الضرورة متلازمة فيما إذا كان المسمى بعضه معلومًا وبعضه مجهولا ؛ لأنا إذا أوجبنا مقدار المعلوم من المسمى، ولم ينقص عنه، لا يؤدى إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن حكم الجائز أن يجب جميع المسمى، وإن كان بعض المسمى معلومًا، وبعضه مجهولا، يجب بعض المسمى، وهو القدر المعلوم، ولا يجب شيء من المجهول، فلا يؤدى إلى التسوية بين الجائز والفاسد.

١٣٧٧١-وعن هذا قلنا: إن من استأجر دارًا سنة بمائة على أن لا يسكنها حتى فسدت الإجارة لو سكنها، يجب أجر المثل، فإن كان أجر المثل أقل من مائة، يجب مائة؛ لأنا لو أوجبنا قدر المائة لا يؤدى إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن فيه إيجاب بعض المسمى لا الكل؛ لأن المستأجر سكن الدار، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٧٧٢-فى قفيز الطحان، وما بمعناه صور قفيز الطحان، أن يستأجر الرجل من آخر ثورًا؛ ليطحن به الحنطة على أن يكون لصاحبها قفيز من دقيقها، أو يستأجر إنسانًا؛ ليطحن له الحنطة بنصف دقيقها، أو ثلثه أو ربعه، أو ما أشبه ذلك، وذلك فاسد؛ لأنه منهى عنه، روى عن رسول الله ﷺ: "أنه نهى عن قفيز الطحان"[(١)]، وقال النبى ﷺ لرافع بن خديج فى آخر حديث معروف: «لا يستأجر بشىء منه»، والمعنى فيه أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل الأجر بعض الدقيق الذى يخرج من عمله، وأنه معدم فى الحال حقيقة، وليس له حكم الوجود؛ لأنه غير واجب فى الذمة؛ لأن إنما تجب فى الذمة ماله وجود فى العالم، والبدل فى المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين، أو حكمًا كالثمن.

والحيلة فى ذلك لمن أراد الجواز أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق الجيد، ولم يقل: عن هذه الحنطة، أو يشترط ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد؛ لأن الدقيق إذا

(١) أخرجه الدارقطنى فى "سننه" (١٩٥)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٦٣٦).

لم يكن مضافًا إلى حنطة بعينها يجب فى الذمة ، والأجر كما يجوز أن يكون عينًا مشاراً إليه يجوز أن يكون دينًا فى الذمة ، ثم إذا جاز حينئذٍ يعطيه ربع دقيق هذه الحنطة إن شاء ، وإنما شرط أن يقال : ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد ليكون الأجر معلوم القدر .

١٣٧٧٣-ولو استأجر حانوتًا ينصف ما يربح فيه ، فالإجارة فاسدة ، وكان على المستأجر أجر مثل الحانوت ، وإنما فسدت الإجارة إما لأن ما يربح مجهول ؛ أو لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله ، فيكون فى معنى قفيز الطحان .

١٣٧٧٤-وإذا دفع الرجل إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف ، أو ما أشبه ذلك ، فالإجارة فاسدة ، أما لأنه فى معنى قفيز الطحان لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله ، أو لأن هذه الإجارة فى الابتداء إن صادفت محلا غير مشترك بينه وبين المستأجر ، ففى الانتهاء صادفت محلا مشتركًا ، وهذا لأنه لا شركة فى ابتداء العمل فى المحل ، ولكن يتم العمل والمحل مشترك ؛ لأنه يجب بعض الأجر بابتداء العمل ، ولو كان صادفت محلا مشتركًا ابتداء وانتهاء ، لم تنعقد الإجارة ، ولم يجب الأجر لما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فإذا صادف محلا غير مشترك فى الابتداء ، ومحل مشتركًا فى الانتهاء ، لم يمنع انعقاد العقد ، ومنع الجواز .

ومشايخ بلخ رحمهم الله كنصر بن يحيى ومحمد بن سلمة وغيرهما كانوا يفتون بجواز هذه الإجارة فى الثياب لتعامل أهل بلدهم فى الثياب ، والتعامل حجة يترك به القياس ، ويخص به الأثر ، وتجويز هذه الإجارة فى الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذى ورد فى قفيز الطحان ؛ لأن النص ورد فى قفيز الطحان لا فى الحائك ، إلا أن الحائك نظيره ، فيكون واردًا دلالة ، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص فى الحائك ، وعملنا بالنص فى قفيز الطحان ، كان تخصيصًا لا تركًا أصلا ، وتخصيص النص بالتعامل جائز ، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل ، إذ الاستصناع بيع ما ليس عنده ، ولكن قيل : تجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذى ورد فى النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا تركًا للنص أصلا ؛ لأنا عملنا النص فى غير الاستصناع .

قالوا : وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان ، فإنه لا يجوز ، ولايكون تعاملهم عبرة ؛ لأنا لو اعتبرنا تعاملهم كان تركًا للنص أصلا ؛ لأنه متى انتسخ النص فيما

ورد فيه لا يجوز العمل بدلالته فى غير ما ورد فيه، فيكون تركًا للنص أصلا، وبالتعامل لا يجوز ترك النص أصلا، وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة واحدة إن كان يجوز التخصيص، وترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلايثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع، فإنه وجد التعامل فيه فى البلاد كلها، وإذا فسدت الإجارة، كان للحائك أجر مثل عمله، والثوب لصاحب الغزل.

قال: وكذلك الطعام يحمله الرجل فى سفينة، أو على دابة بالنصف لايجوز، ولا تجيء هنا العلة الأولى التى ذكرناها فى الحائك أن الأجر معدوم؛ لأن الأجر ههنا موجود مشار إليه، وإنما تجيء العلة الثانية أن العمل فى الانتهاء يقع فى شيء مشترك؛ لأنه بابتداء العمل يصير بعض الطعام ملكًا للعامل، فيتم العمل فى محل مشترك فيه، وهذا يوجب الفسد إن كان لايمنع الانعقاد.

١٣٧٧٥-قال: وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا ليغرسها أشجارًا أو كرمًا من عند نفسه على أن الأرض والأشجار بينهما نصفان، فالعقد فاسد؛ لأنه جعل نصف الأرض بمقابلة نصف الغرس بشرط أن يعمل فى النصف الثانى، فيكون البيع مشروطًا فى الإجارة، والإجارة مشروطة فى البيع، فيكون صفقة فى صفقة، وأنه منهى، والأشجار لصاحب الأرض، وعليه للغارس قيمة الأغراس، وأجر مثل عمله.

وإنما كانت الأشجار لصاحب الأرض؛ لأن صاحب الأرض اشترى نصف الأغراس شراءً فاسدًا؛ لأن الأغراس مجهولة، وصار قابضًا لما اشترى حكمًا لاتصاله بأرضه، فصار ذلك النصف ملكًا له، والنصف الآخر بقى على ملك الغارس، وقد غرسه فى ملك الغير إلا أنه تعذر عليه القلع؛ لأن نصيبه غير ممتاز عن نصيب صاحب الأرض، فلو قلع يتضرر به صاحب الأرض، وصاحب الأرض صاحب أصل، والغارس صاحب تبع، فيملك عليه نصيبه بالقيمة نفيًا للضرر.

فإن قيل: ينبغى أن يصير نصف الأرض ملكًا للغارس؛ لأنه اشترى نصف الأرض

بنصف الأغراس شراءً فاسدًا، وقبضه حقيقةً، فيصير مملوكًا له، وإذا صار نصف[1] الأرض مملوكًا للغارس كان نصف الأغراس الذى هو على ملكه مغروسة فى ملكه، فلا يكون لصاحب الأرض عليه سبيل؟

قلنا: صاحب الأرض ما دفع الأرض إلى الغارس بحكم عقد فاسد، إنما دفع إليه الأرض ليغرسه، ثم جعل نصف الأرض له مغروسًا عوضًا عن الغرس، فلم تكن الأرض مقبوضة بحكم عقد فاسد قبل الغرس، فلهذا لن يملك نصف الأرض، فكان الكل مغروس على ملك رب الأرض، وقد غرس بإذنه إلا أنه ما غرس مجانًا، فيجب للغارس قيمة الغرس، وأجر مثل عمله.

وفى "شرح القدورى": وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها بالنصف، فإن تقبل الطعام، ثم حمل عليها كان الأجر كله للمتقبل، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة، وآن أجر الدابة ليحمل عليها، فهو لرب الدابة، ولهذا أجر مثل عمله.

وفى مضاربة "الأصل": وإذ دفع الرجل إلى رجل آخر دابة ليعمل عليها، ويؤاجره على أن ما رزق الله من شىء فهو بينهما، فآجرها، وأخذ غلتها، فإن جميع غلة الدابة تكون لصاحب الدابة، وللعامل أجل مثل عمله فيما عمل؛ لأن تصحيح هذا العقد مضاربة متعذر؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة منافع الدابة، ومنافع الدابة مما يتعين فى العقود، فلا يصلح رأس مال المضاربة منافع الدابة، وإذا تعذر جعلها مضاربة جعلناها إجارة، وأنها إجارة فاسدة لوجهين: أحدهما: أنه استأجر العامل ليؤاجر دابته بنصف أجر الدابة، وأنه معدوم غير واجب فى الذمة، ولا عين مشار إليه، فصار فى معنى قفيز الطحان، والثانى: أنه استأجره ليؤاجر دابته، ولم يبين لذلك مدة، وفى مثل هذا لا يجوز الإجارة، وإن كان البدل معلومًا، فلأن لا يجوز ههنا، والبدل مجهول أولى بعد هذا ينظر إن أجر العامل الدابة من الناس، وأخذ الأجر كان الأجر كله لرب الدابة؛ لأنه بدل منافع دابته، ألا ترى أنها لو هلكت قبل التسليم، بطلت الإجارة.

وألا ترى أنه لو حمل ذلك على دابة أخرى، وعلى ظهر لا يستحق الأجر، دلّ أن ما أخذ بدل منافع دابته، وقد أخذها بإذنه، فيكون له، وكان بمنزلة ما لو أمره ليبيع دابته

---

(١) وكان فى الأصل: "إذا صار نصف الأرض بنصف الأغراس مملوكًا".

على أن يكون نصف الثمن له، فباعها كان كل الثمن لصاحب[1] الدابة؛ لأنه ثمن دابته كذا هنا، وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه ابتغى لعمله عوضًا لما شرط لنفسه نصف أجر الدابة، فيكون له أجر مثل عمله لما فسدت الإجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان العامل لا يؤاجر الدابة من الناس، وإنما يتقبل الأعمال من الناس ثم يستعمل الدابة فى ذلك، فإن الأجر يكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل الدابة؛ لأنه إذا كان يتقبل الأعمال من الناس، فما يأخذ من الأجر يكون بدل عمله، لا بدل منافع دابته، ألا ترى لو هلكت الدابة فى هذه الصورة قبل التسليم لاتبطل الإجارة.

وألا ترى أنه له أن يحمل على دابة أخرى أو على ظهره، فدل أن ما أخذ من الأجر بدل عمل العامل، فيكون له، وعليه أجر مثل الدابة؛ لأنه استعمل دابة الغير بإذنه ببدل مجهول.

١٣٧٧٦-قال: وإذا دفع الرجل إلى رجل بعيرًا وراوية ليستقى به الماء، ويبيع على ما رزق الله فى ذلك من شىء فهو بينهما نصفان، فهذا فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد مضاربة؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة ما يتعين بالتعين، وهو منافع الدابة، ولكن هذا إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف ثمن ما يبيع من الماء، وثمن ما يبيع من الماء مجهول، فكان الأجر مجهولا؛ ولأنه جعل الأجر بعض ما يحصل من عمله، فكان فى معنى قفيز الطحان بعد هذا نقول: وإذا استعمل البعير والراوية، وباع الماء كان الثمن كله للعامل؛ لأنه بدل الماء لا بدل منافع الدابة، ألا ترى أنه لو هلكت الدابة قبل التسليم لا يبطل البيع، ولو هلك الماء قبل التسليم يبطل البيع، دل أنه بدل الماء، والماء كان مملوكًا للعامل ملكه بالإحراز بالراوية، فكان الثمن بدل ملك العامل، فيكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل البعير والراوية، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فى المسألة الأولى ما أخذ العامل، فهو بدل منافع الدابة، فيكون لصاحب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله على صاحب الدابة، وهكذا الجواب إذا أعطاه شبكة ليصيد بها على أن ما صاد بها من شىء فهو بينهما، فما اصطاد يكون للصائ؛ لأن الصيد مباح كالماء يملكه الصائد بالآخر از، وعليه أجر مثل الشبكة؛ لأنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر

---

(١) وفى الأصل: "لرب الدابة".

نصف ما يحصل من عمله.

١٣٧٧٧-وإذا تكارى الرجل بعيرًا ليحمل عليها أمتعة نفسه، ويبيعها من الناس على أن يكون أجر البعير نصف ما يحصل بتجارته، فهذا فاسد، وجميع ما اكتسب المكترى فهو له، وعليه لصاحب البعير أجر مثل بعير لاستيفاءه منفعة البعير بحكم إجارة فاسدة.

١٣٧٧٨-وإذا دفع الرجل إلى الرجل بيتًا ليبيع فيه البزّ على أن ما رزق الله فى ذلك من شىء فهو بينهما نصفان، فقبض البيت، وباع فيه البزّ، فأصاب مالا، فإن جميع ذلك لصاحب البزّ، ولصاحب البيت عليه أجل مثل البيت.

واعلم بأن هذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لم يذكر فيها مدة، ولأن الأجر وهو نصف ما ربح مجهول، وإذا فسدت الإجارة كان على العامل أجر مثل البيت، وكان ما أصاب العامل من المال له؛ لأنه بدل بزّه، ولو كان صاحب البيت دفع البيت إليه ليؤاجر ويباع فيها البزّ على أن ما رزق الله تعالى من شىء فهو بينهما، فهذ فاسد؛ لأن المدة مجهول، والأجر مجهول، فإذا آجر البيت وأخذ أجره كان الأجر كله لصاحب البيت؛ لأنه بدل منافع بيته، وقد آجره بإذنه؛ لأنه استأجره ليؤاجر بيته إجارة فاسدة، فإذا استوفى عمله كان على رب البيت أجر مثل عمله، بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة ما أصاب العامل من المالك كله له؛ لأنه بدل بزّه، أما هنا بخلافه.

١٣٧٧٩-وفى "فتاوى الفضلى": استأجر رجلا ليحصد[1] له القصب فى الأجمة على أن يعطى أجره خمس خرمات من قصب هذه الأجمة لا يجوز؛ لأنه فى معنى قفيز الطحان؛ ولأن الخرمات مجهولة، وإن عيّن خمس خرمات، وقال: استأجرتك بهذه الخرمات الخمس يجوز، ولو لم يضف الآجر إلى قصب الأجمة، بل قال: استأجرتك على أن تحصد هذه الأجمة بخمس خرمات من القصب، لايجوز لجهالة الخرمات، بخلاف تذرى الكدس واجتنا القطن، حيث يجوز إذا ذكر فى الأجر حنطةً، أو قطنًا من أن يضاف إلى حنطة الكدس أو القطن المجتنى، وإن كان ل يجوز إذا أضيف إليهما.

(١) وفى الأصل: "ليحصل".

والفرق: أن هناك المفسد عند الإصابة ليس هو الجهالة؛ لأن الحنطة والقطن لا يتفاوت الوسط منهما، بل المفسد كون ذلك في معنى قفيز الطحان، وإذا لم يضف لم يكن في معنى قفيز الطحان، وهنا المفسد عند الإضافة كونه في معنى قفيز الطحان، والجهالة بعدم الإضافة لا تخرج عن حدّ الجهالة، فلم تجز -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر في فساد الإجارة إذا كان المستأجر مشغولا بغيره:

١٣٧٨٠-قال محمد رحمه الله: إذا استأجر الرجل أرضًا فيها زرع، أو رطبة، أو قصب، أو شجر، أو كرم مما يمنع الزراعة، فهذا فاسد؛ لأنه أجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه؛ لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بقلع الأشجار والزرع، وفي قلع الأشجار والزرع ضرر بالآجر؛ لأن الأشجار على ملك الآجر، ومثل هذا يوجب فساد العقد، كما في بيع العين، ألا ترى أنه لا يجوز بيع الجذع في السقف، وإنما لايجوز لأنه باع ما لايمكنه تسليمه إلا بضرر يلزمه في غير ما دخل تحت العقد، كذا هنا.

والمراد من الزرع المذكور في هذه المسألة الزرع الذي لم يدرك بحيث يضرّه الحصاد[1]، أما إذا أدرك الزرع بحيث لا يضره الحصاد، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح في كتاب الإجارات: أنه يجوز، ويؤمر الآجر بقلع الزرع، وهكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في شرح كتاب الإجارات، وهو نظير ما لو آجر دارًا فيها متاع الآجر، فإن الإجارة جائزة، ويجبر الآجر على التفريغ، كذا ههنا، هكذ روى عن محمد رحمه الله.

١٣٧٨١-وذكر القاضي الإمام أبو على النسفي رحمه الله فيما إذا استأجر بيتًا مشغولا بأمتعة الآجر: كنا نظن أن الإجارة جائزة، والتسليم لا يصح، وكنا نفتى به حتى وجدتُ رواية عن محمد رحمه الله: أن الإجارة لا تجوز، وجعلها كأرض فيها زرع، ومن آجر أرضًا فيها زرع لايجوز، فإن فرغها وسلمها لا يصح أيضًا، وأنه بخلاف ما إذا باع جذوع السقف، ثم إن محمدًا رحمه الله نصّ على فساد هذه الإجارة، وهكذا حكى

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "يضره بالحصاد".

عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوني رحمه الله : أن هذا العقد فاسد، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إنه موقوف إلى تفريغ الأرض، وقاسوا هذه المسألة على مسألة بيع الجذع في السقف، والحاكم الشهيد رحمه الله مال إلى ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله، وفرّق بين هذه المسألة وبين مسألة بيع الجذع في السقف.

١٣٧٨٢-وفي "القدوري": إذا استأجر أرضًا سنة فيه رطبة، فالإجارة فاسدة، فإن قلع رب الأرض، وسلمها أرضًا بيضاء، فهو جائز، وقاسه على ما إذا باع الجذع في السقف، ثم نزع الجذع، وسلمه إلى المشترى، وإن اختصما قبل ذلك، فأبطل الحاكم الإجارة، ثم قلع الرطة لم يعد العقد[1]، وإن مضى مدة الإجارة قبل أن يختصما، ثم قلع الرطبة، فالمستأجر بالخيار، إن شاء قبضها على تلك الإجارة، وطرح عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء ترك، هذه جملة ما ذكره في "القدوري".

ثم الزرع إذ لم يدرك وأراد جواز الإجارة في الأرض فالحيلة في ذلك أن يدفع الزرع إليه معاملة إن كان الزرع لرب الأرض على أن يعمل المدفوع إليه في ذلك بنفسه وأجراءه وأعونه على أن ما يرزق الله تعالى من الغلة، فهو بينهما على مائة سهم، سهم من ذلك للدافع، وتسع وتسعون سهمًا للمدفوع إليه، ثم يأذن له الدافع أن يصرف السهم الذي له إلى مؤنة هذه الصنعة، أو إلى شيء أراد، ثم يؤاجر الأرض منه، وإن كان الزرع لغير رب الأرض، ينبغي أن يؤاجر الأرض منه بعد مضي السنة التي فيها الزرع، فيجوز، وتصير الإجارة مضافة إلى وقت في المستقبل.

وحيلة أخرى: إذا كان الزرع لرب الأرض أن يبيع الزرع سنة بثمن معلوم، ويتقابضان، ثم يؤاجر الأرض منه.

وكذلك الحيلة في الشجر والكرم يدفع الأشجار والكرم معاملة، أو يبيع الأشجار والكروم منه، ثم يؤاجر الأرض منه، ثم إن بعض مشايخنا رحمهم الله زيفوا حيلة بيع الأشجار والكروم، وكانوا لا يجوّزون إجارة الأراضي التي فيها أشجار وكروم بهذه الحيلة، وكانوا يقولون: يمنع الأشجار ههنا بيع تلجئة رغبة بدليل أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار، وإذا كان بيع تلجئة لا يزيل الأشجار عن ملك صاحبها، فحين يؤاجر الأرض

---

(١) هكذ في ظ، وكان في م: "ثم قلع الرطبة فقد تمّ العقد".

كانت الأرض مشغولة بحق المؤاجر، فلايجوز.

ومن المشايخ رحمهم الله من يقول بحكم الثمن: إن كان الثمن الذى قوبل بالأشجار مثل قيمة الأشجار، وأكثر ما يستدل به على أن بيع الأشجار بيع رغبة، فتجوز الإجارة بعد ذلك، وما لا فلا، وكان الحاكم الإمام عبد الرحمن الكاتب رحمه الله، والشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله وغيرهما من المشايخ رحمهم الله يقولون: إن الإجارة صحيحة، وبيع الأشجار بيع رغبة إلا أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار لمكان العرف والعادة، وقد يمنع الإنسان عن التصرف فى ملكه، كما يمنع عن بيع السلاح فى أيام الفتنة من أهل الفتنة.

وكان الطحاوى رحمه الله يقول: بصحة بيع الأشجار، وبصحة هذه الإجارة بشرط أن يبيع الأشجار بطريقها، ويبين طريقًا معلومًا لها من جانب من جوانب الأرض، أما بدون ذلك لا يجوز البيع؛ ولا الإجارة بعده.

ومن المشايخ رحمهم الله من زيّف[1] حيلة بيع الأشجار من وجه آخر، فقال: فى بيع الأشجار مطلقًا يدخل موضعها من الأرض فى البيع على أصح الروايتين، فإذا دخل لا يمكن تجويز إجارة ذلك الموضع، إما لأن المستأجر يصير مستأجر ملك نفسه، أو لأن استئجار الأرض لتبعية الأشجار، وقد وقع الاستغناء عن استئجار موضع الأشجار لتبقية الأشجار لدخول ذلك الموضع فى بيع الشجر، وإذا صار موضع الأشجار ملك المشترى الأشجار، فإذا استأجر الأرض بعد ذلك، صار مستأجرًا ملك نفسه، وملك رب الأرض بصفقة واحدة، وأنه لايجوز.

ثم إذا فسخت الإجارة، وكان فيها بيع الأشجار لا يشترط فسخ بيع الأشجار نصًّا بعد فسخ الإجارة، بل ينفسخ البيع فى الأشجار بطريق الدلالة، والفسخ مما يثبت بطريق الدلالة.

١٣٧٨٣-وإذا اشترى ثمرة فى نخل، ثم استأجر النخل مدة ليبقيها[2] فيها لم يجز؛ لأن النخل حائل بينه وبين الثمرة؛ وأنه ملك المؤاجر، والمستأجر مشغول بملك

(١) وفى م: "تعريف" مكان "زيف".

(٢) هكذا فى ظ، وكاان فى الأصل وم: "ليبيعها".

المؤاجر.

وكذلك إذا اشترى أطراف الرطبة دون أصلها، ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة لايجوز؛ لأن أصل الرطبة على ملك المؤاجر، فقد حال بينه وبين المستأجر ملك الآجر.

ولو اشترى نخلة، فيها تمر ليقلعها، ثم استأجر الأرض ليبقيها جائز، وكذلك لو اشترى الرطبة بأصلها ليقلعها، ثم استأجر الأرض ليبقيها جاز؛ لأن الأرض مشغولة بملك المستأجر، وذلك لا يمنع جواز العقد، ولو استعار الأرض في ذلك كله جاز؛ لأن العارية تبرع للا يتعلق بها اللزوم، فيجوز مع الشيوع، وما هو في معنى الشيوع.

ومما يتصل بهذا النوع مسائل الشيوع في الإجارة:

١٣٧٨٤-قال محمد رحمه الله في رجل آجر نصف داره مشاعًا من أجنبي: لم يجز، وإذا سكن المستأجر فيها، يجب أجر المثل، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يجوز، وإذا سكن المستأجر فيها يجب المسمّى.

وإذا آجر من شريكه يجوز بلا خلاف في ظاهر الرواية، وروى في "النوادر" عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يجوز، ولو آجر داره من رجل ثم تقايلا العقد في النصف، لايبطل العقد في النصف الباقي بلا خلاف في ظاهر الرواية، وفي "النوادر" عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يبطل الإجارة في النصف الباقي.

وإذا آجر داره من رجلين، يجوز بلا خلاف، وإذا مات أحدهما تبطل الإجارة في نصيبه، ويبقى في نصيب الحي صحيحة، وكذلك إذا آجر الرجلان دارًا من رجل، فمات أحد المؤاجرين، بطلت الإجارة في نصيبه، وفي نصيب الحي صحيحة، وكذا إذا مات أحد المتكارين بطل الكراء في نصيبه، ويبقى في نصيب الآخر.

١٣٧٨٥-وإذا كان الدار بين الرجلين، آجر أحدهما نصيبه من أجنبي، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، على قول أبي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا: لا يجوز، وهكذا روى الحسن رحمه الله في "جامعه" عن أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز.

١٣٧٨٦ -ولو استأجر علو منزل ليمرّ فيه إلى حجرته، لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: يجوز، وكذلك إذا استأجر السفل ليمرّ فيه إلى مسكنه، لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يجوز؛ لأن المستأجر مشاع، وإجارة المشاع على الخلاف الذى قلنا.

قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله: ينبغى أن لا يجوز هذه الإجارة إجماعًا؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن موضوع المسألة أن الطريق غير معين وجهالة المعقود عليه تمنع جواز الإجارة إجماعًا، ولا تجوز إجارة البناء دون الأرض، هكذا ذكر فى "الأصل"، وذكر محمد رحمه الله فى "النوادر" فى مواضع أنه يجوز، قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله: وبه كان يفتى شيخنا رحمه الله، وقاسه بإجارة الفسطاط والخيمة -والله علم بالصواب-.

نوع آخر
فى الاستئجار على الطاعات:

١٣٧٨٧ -وإذا استأجر الرجل رجلا ليعلمه القرآن، أو ليعلم ولده القرآن لايجوز، ومعناه أنه لا ينعقد العقد أصلا، حتى لا يجب الأجير شيء بحال من الأحوال، هذا هو جواب الكتاب، وإنما لم يجز لأن الإجارة وقعت على عمل ليس فى وسع الأجير إيفاءه؛ لأن التعلم إنما يتم بالتعليم، كالكسر بالانكسار، والتعلم يس فى وسع المعلم، ومثل هذه الإجارة لا تجوز.

ولأن المعلم مع المتعلم يشتركان فى منفعة التعليم، ومثل هذا الاستئجار لايجوز، ومشايخ بلخ رحمهم الله جوّزوا الاستئجار على تعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمّى، وعند عدم الاستئجار أصلا، أو عند الاستئجار بدون ذكر المدة أفتوا بوجوب أجر المثل، قالوا: وإنما كره تعليم القرآن بالأجر فى الصدر الأول لأن حملة القرآن كانوا قليلا، فكان التعليم واجبًا حتى لايذهب القرآن، فأما فى زماننا كثر حملة القرآن، ولم يبقَ التعليم واجبًا، فجاز الاستئجار عليه.

وذكر شيخ الإسلام الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله: كان

المتأخرون من أصحابنا يجوّزون ذلك، ويقولون: إنما كان المتقدمون يكرهون ذلك لأنه كان للمعلمين عطيات من بيت المال، فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم، وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم بطريق الحسبة، وللمتعلمين مروءة فى المجازات بالإحسان من غير شرط، أما اليوم ليس لهم عطيات من بيت المال، والتعليم يشغلهم عن اكتساب ما لا بد لهم من أمر المعاش، وانقطع رغبة المعلمين فى الاحتساب، ومجازاة المتعلمين من غير شرط، فتجوز الإجارة، ويجبر المستأجر على دفع الأجرة، ويحبس بها، وبه يفتى.

وكذلك يجبر المستأجر على الحلوة المرسومة، وهذا استحسان أيضًا، استحسن المشايخ رحمهم الله على ذلك، وكذا يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه فى زماننا، والاستئجار على الإمامة والأذان لا يجوز؛ لأنه استئجار على عمل للأجير فيه شركة؛ لأن المقصود من الأذان والإمامة أداء الصلاة بجماعة وبأذان وإقامة، وهذا النوع كما يحصل للمستأجر يحصل للأجير.

وكذا الاستئجار على الحج والغزو وسائر الطاعات لا تجوز؛ لأنه لو جاز لوجب على القاضى جبر الأجير عليها، ولا وجه إليه؛ لأن أحدًا لا يجبر على الطاعات، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى والقاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى لا يفتيان بجواز الاسئجار على تعليم القرآن، وهكذا حكى عن الشيخ الإمام ركن الدين أبى الفضل رحمه الله.

وفى "روضة الزندويسى": كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيراخرى رحمه الله يقول: فى زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر، وسيأتى بيان الحيلة للجواز على قول الكل فى فصل الاستئجار على التعليم.

وفى "روضة الزندويسى": أن المستأجر إذا استأجر رجلا ليعلم ولده الكتابة، وفى "النوازل": إذا استأجر مؤدبًا مشاهرة كل شهر بتسعة دراهم، يعلم صبيّين أحدهما العربية، والآخر القرآن، فقال المؤدب: أنا لست من دأبه تعليم القرآن، فاستأجر معلّمًا، وضمّ الصبى إليهما يعلمون الناس، وأعطه من أجرى، فسلم الصبى إلى معلم، فلما جاء رأس الشهر حبس عن المؤدب ثلاثة دراهم، فقال المؤدب: أنا لا أرضى بما حبست؛

لأن أجر المعلم يكون كل شهر نصف درهم أو درهم، قال: خطاب المؤدب الذى خاطب به المستأجر قريب من توكيله إياه بذلك، فيحطّ من أجره قدر ما يستحقه المعلم الذى ضمّ إليه الصبى.

١٣٧٨٨-وإذا استأجر المسلم من المسلم بيتًا يصلى فيه لم يجز؛ لأنه عين جهة القربة لصرف المنفعة المستحقة إليها، ولا يحل المنع عن الانتفاع لأجل تلك الجهة، فلايجوز أخذ الأجر عليه.

متولى المسجد إذا تعذّر عليه الحساب بسبب أنه أمّى لا يكتب ولا يقرأ، فاستأجر رجلا يكتب له ذلك لا يحل له أن يعطى أجر الكاتب من مال المسجد؛ لأن الحفظ عليه، ونفع الكتابة راجع إليه.

١٣٧٨٩-ولو استأجر رجلا ليكنس المسجد، ويغلق الباب ويفتحه بمال المسجد جاز؛ لأنه ليس على المتولى ذلك، أما حفظ الدخل والخرج عليه -والله أعلم-.

نوع آخر
فى الاستئجار على المعاصى:

١٣٧٩٠-إذا استأجر الرجل حمالا ليحمل له خمرًا، فله الأجر فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: لا أجر له، فوجه قولهما: إن حمل الخمر معصية؛ لأن الخمر يحمل للشرب، والشرب معصية، وقد لعن رسول الله ﷺ حامل الخمر والمحمول عليه، وذلك يدل على كون الحمل معصية، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الخمر يحمل للإراقة وللتخليل، كما يحمل للشرب، فلم يكن متعينًا للمعصية، فيجوز الاستئجار عليه.

قال القدورى فى كتابه: قال محمد رحمه الله: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين، فاستأجروا له من يحمله إلى بلدة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لا أجر له، وقلت: إن كان الحمّال يعرف أنه جيفة، فلا أجر له، وإن لم يعلم، فله الأجر، قال أبو يوسف رحمه الله: وهذا بخلاف ما لو استأجره لنقله إلى مقبرة البلدة حيث يجوز؛

لأن ذلك لدفع أذيته عنهم، فصار كاستئجار الكناس، واستئجار المسلم ليخرج له حمارًا ميتًا من داره.

١٣٧٩١-وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا آجر نفسه من المجوسي ليوقد له نارًا، فلا بأس به، فأبو حنيفة رحمه الله سوّى بين هذا وبينما إذا آجر نفسه من ذمي ليحمل له خمرًا، وهما فرقا بين المسألتين، ووجه الفرق أن التصرف في النار والانتفاع بها جائز في الجملة، ولا كذلك التصرف في الخمر، والانتفاع بها.

١٣٧٩٢-وفي "العيون": لو استأجر رجلا ينحت له أصنامًا، أو يزخرف له بيتًا بتماثيل، والأصباغ من رب البيت، فلا أجر؛ لأن فعله معصية.

١٣٧٩٣-وكذلك لو استأجر نائحة أو مغنّية، فلا أجر لها؛ لأن فعلها معصية.

وفي "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": إذا استأجر رجلا ينحت له طنبورًا، أو بربطًا، ففعل يطيب له الأجر، إلا أنه يأثم في الإعانة على المعصية، وإنما وجب له الأجر في هذه المسألة، ولم يجب في نحت الصنم؛ لأن جهة المعصية ثمّة متعينة؛ لأن الصنم لا ينحت إلا للمعصية، أما نحت الطبل والطنبور جهة المعصية ليست بمتعينة؛ لأنا كما تصلح للمعصية تصلح لغير المعصية، بأن يجعل وعاء للأشياء.

ولو استأجر الذمّي مسلمًا ليبني له بيعة أو كنيسة جاز، ويطيب له الأجر.

وكذلك لو أن امرأة استكتبته كتابًا إلى حبيبها جاز، ويطيب له الأجر؛ لأنه بدل عمله.

١٣٧٩٤-وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الإجارة على شيء من اللهو والمزامير والطبل وغيره؛ لأنها معصية، والإجارة على المعصية باطلة؛ ولأن الأجير مع المستأجر يشتركان في منفعة ذلك، فتكون هذه الإجارة واقعة على عمل هو فيه شريك.

١٣٧٩٥-قال: وإن أعطى المستأجر شيئًا من اللهو ليلهو به، فضاع، أو انكسر، فلا ضمان عليه؛ لأن الإجارة لما لم ينعقد بقي مجرد الإذن في استئجار النخيل، فإذا بقي وكان الأخذ بإذن المالك، فمتى ضاع أو انكسر، لا يكون عليه شيء، كما لو أذن ولم يؤاجر.

قال : وإذا استأجر الذمّى من المسلم بيعة ليصلى فيها ، فإن ذلك لا يجوز ؛ لأنه استأجرها ليصلى فيها ، وصلاة الذمى معصية عندنا ، وطاعة فى زعمه ، وأى ذلك ما اعتبرنا كانت الإجارة باطلة ؛ لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لاتجوز .

١٣٧٩٦-وكذلك المسلم إذا استأجر من المسلم بيتًا ليجعلها مسجدًا ليصلى فيها المكتوبة ، أو النافلة ، فإن هذه الإجارة لا تجوز فى قول علمائنا ، وعند الشافعى رحمه الله يجوز ، وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة ، فإن تسليم الدار ليصلى فيها طاعة ، ومن مذهبنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز ، وعنده يجوز ، وكان هذا بمنزل ما لو استأجر رجلا للأذان والإمامة لا يجوز عندنا ؛ لأنه طاعة ، وعند الشافعى رحمه الله : يجوز ، فكذلك هذا .

١٣٧٩٧-وكذلك الذمى إذا استأجر رجلا من أهل الذمة ليصلى بهم ، فإن ذلك لايجوز ؛ لأن هذا معصية عندنا ، وطاعة فى دينهم ، وأى ذلك ما اعتبرنا لا يجوز هذه الإجارة .

قال : وإذا ستأجر رجل من أهل الذمة مسلمًا يضرب لهم الناقوس ، فإنه لايجوز لما ذكرنا .

١٣٧٩٨-وإذا استأجر مسلمًا ليحمل له خمرًا ، ولم يقل : ليشرب ، أو قال : ليشرب جازت الإجارة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، خلافًا لهما رحمهما الله ، وكذلك إذا استأجر الذمىّ بيتًا من مسلم ليبيع فيه الخمر ، جازت الإجارة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، خلافًا لهما رحمهما الله ، والوجه لأبى حنيفة فيما إذا نصّ على الشرب أن هذه إجارة وقعت لأمر مباح ؛ لأنها وقعت على حمل الخمر ليشربها الذمى ، أو وقعت على الدار ليبيع الذمى الخمر ، وبيع الذمى وشربه الخمر مباح ؛ لأن خطاب التحريم كأنه غير نازل فى حقه ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر الذمى من المسلم بيتًا ، فيصلى فيه حيث لا يجوز ؛ لأن ثمة صفة المعصية إذا انتفت فى حقه لديانته تبقى صفة الطاعة ، والاستئجار على الطاعة لا يجوز ، وههنا صفة المعصية متى انتفت عن الشرب لديانته ، تبقى فعلا مباحًا فى نفسه ليس بطاعة ، فتجوز الإجارة .

وفيما إذا لم ينصّ على الشرب ، فالوجه له أن الحمل كما يكون للشرب ، وإنه

معصية فى حق المسلم يكون للتخليل حملا لهذا العقد على الصحة ، وهو نظير ما لو استأجر الذمى من المسلم بيتًا ، ولم يقل : ليصلى فيه ، فإنه يجوز ، وإن كان له أن يصلى فيه ، ويتخذه بيعة وكنيسة .

١٣٧٩٩-وإذا استأجر الذمى مسلمًا ليحمل له ميتة ، أو دما يجوز عندهم جميعًا ؛ لأن نقل الميتة والدم لإماطة الأذى عن الناس مباح ، فتكون الإجارة واقعة على أمر مباح ، فيجوز ، وقد يكون للأكل فتكون الإجارة وقعة على فعل حرام ، فلا يجوز ، فإذا أطلق تحمل الإجارة على الحمل لإماطة الأذى تجويزًا الإجارة .

١٣٨٠٠-وإذا استأجر الذمى ذميًا لنقل الخمر ، أو استأجر منه بيتًا ليبيع فيه الخمر ، جاز عندهم جميعًا ؛ لأن الخمر عندهم كالخل عندنا ، وهذا بخلاف ما لو استأجر ذمى من ذمى بيتًا ليصلى فيه حيث لا يجوز ؛ لأن صلاتهم طاعة عندهم ، معصية عندنا ، وأى ذلك ما كان لم تجز الإجارة ، فأما فى الخمر متى انتفت صفة المعصية تبقى بعد ذلك صفة الإباحة ، والاستئجار على فعل مباح جائز .

ولو استأجر مسلمًا ليرعى خنازير ، يجب أن يكون على الخلاف ، كما فى الخمر .

ولو استأجره ليبيع له ميتة لم يجز ؛ لأن بيع الميتة لا يجوز فى دين من الأديان ؛ لأنه لا ثمن لها ، وإذ لم يجز بيعه ، فقد استأجر على فعل ليس فى وسعه تحصيله بحال .

١٣٨٠١-وإذا استأجر الذمى من المسلم دارًا ليسكنه ، فلا بأس بذلك ؛ لأن الإجارة وقعت على أمر مباح ، فجازت ، وإن شرب فيه الخمر ، أو عبد فيه الصليب ، أو أدخل فيها الخنازير ، لم يلحق المسلم فى ذلك شيء ؛ لأن المسلم لم يؤاجر لها ، إنما يؤاجر للسكنى ، فكان بمنزلة ما آجر دارًا من فاسق كان مباحًا ، وإن كان قد يعصى فيها ، ولو اتخذ فيها بيعة ، أو كنيسة ، أو بيت نار ، يمكن من ذلك إن كان فى السواد .

قال الشيخ الإمام رحمه الله : وأراد بهذا إذا استأجرها الذمى ليسكنها ، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها ، فأما إذا استأجرها فى الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز ، ألا ترى إلى ما ذكر قبل هذا أن الذمى إذا استأجر من المسلم بيعة يصلى فيها لم يجز .

بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : وما ذكر فى سواد الكوفة لأن عامة سكانها أهل

الذمة والروافض، وأما في سوادنا عامة سكانها المسلمون فيمتنعون عن إحداث الكنائس، كما يمنعون عنها في الأمصار، وكثير من المشايخ رحمهم الله قالوا: لا يمنعون عن إحداث الكنائس في سوادنا أيضًا.

١٣٨٠٢-قال: وإذا ستأجر كتابًا يقرأ فيه لا يجوز، شعرًا كان أو فقهًا أو غيره، وكذلك إذا ستأجر مضحفًا، وإنما لا يجوز؛ لأن الإجارة عقدت على القراءة والنظر، والإجارة على النظر والقراءة لا تنعقد؛ لأن القراءة لا تخلو: إما أن تكون طاعة أو معصية، أو مباحًا، فإن كان القراءة طاعة، كقراءة القرآن والأحاديث كان هذه إجارة على الطاعة، والإجارة على الطاعة لا تنعقد، وإن كنت معصية كالنياحة والغناء، فهو إجارة على المعصية، والإجارة على المعاصي باطلة.

وإن كن مباحًا كقراءة كتب الأدب، فلأن القراءة والنظر مباح له بغير إجارة، وإنما لايباح حمله وتقلب الأوراق، والإجارة لا تنعقد على ما كان يملكه المستأجر قبل الإجارة من غير إجارة، ولا تنعقد على حمله وتقليب الأورق، وإن كان لايملكه المستأجر من غير إجارة[1]؛ لأنه لا فائدة للمستأجر في ذلك، ألا ترى أنه لو نص، فقال: استأجرت منك هذا الكتاب لأحمله، وأقلب أوراقه، فإن الإجارة لا تصح، فكذلك ههنا.

١٣٨٠٣-وكذلك إذا استأجر قاريًا ليقرأ عليه شيئًا لا يجوز؛ لأن القراءة التي وقعت الإجارة عليها إن كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة عليها، أما لأن الاستئجار على الطاعات والمعاصي باطلة، وإما لأن القاري مع السامع يشتركان في منفعة القراءة؛ لأنه كما ينتفع السامع بالقراءة من حيث العظة والتلذذ ينتفع بها القارئ، فقد استأجره لعمل هو شريك فيه، ومثل هذا لا يجوز على ما مر.

وإن كانت القراءة التي وقع عليها الإجارة مباحًا، كقراءة كتب الأدب، وما أشبه ذلك، لا تجوز الإجارة عليها، للوجه الثاني -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفي م: "من غير إجازة".

نوع منه:

فى الاستئجار على الفعال المباحة، نحو تعليم الصناعة والتجارة، والهدم والبناء والحفر، وأشباه ذلك.

١٣٨٠٤-وإذا دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهراً مسماة فى تعليم النسج على أن أعطاه المولى كل شهر شيئًا مسمّى، فهو جائز، أما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن إنما لم تجز؛ لأن تعليم القرآن طاعة فظاهر؛ لأن تعليم النسج مباح، وليس بطاعة، وأما على قول من قال: إن الإجارة على تعليم القرآن إنما لايجوز[1] لأن التعليم ليس من عمل الأجير، بل من فهم المتعلم، فلأن الإجارة ههنا وقعت على أن يقوم عليه، ويحفظه، ولكن ذكر النسج ليرغب المولى فيما يحصل له فى أثناء العقد عن عمل الحياكة، فإن الصبى ربما يأخذ ذلك لفهمه وذكاءه، فهذ جارى مجرى التبع، والمقصود هو القيام عليه، وفى وسع الأستاذ الوقاية حتى لو شرط عليه تعليم الحياكة، ولم يقل ليوم على فى عمل كذا، يجب أن لا يجوز، كما فى تعليم القرآن.

ولو شرط على المعلم أن يقوم على ولده شهراً فى تعليم القرآن يجب أن يجوز، وإن كان الأستاذ هو الذى شرط للمولى أن يعطيه ذلك، ويقوم على غلامه فى تعليم ذلك، فهو جائز، وإن لم يشترط كل واحد منهما على صاحبه الأجر، يعنى الأستاذ مع المولى، ودفعه على وجه الإجارة، فلما فرغ الأستاذ من التعليم قال الأستاذ: لى الأجر على رب العبد، وقال رب العبد: لا، بل لى الأجر على الأستاذ، فإنى أنظر فى ذلك العمل إلى ما يصنع أهل تلك الصنعة فى تلك البلدة، فإن كان المولى هو الذى يعطى الأجر جعلت على المولى أجر مثله للأستاذ، وإن كان الأستاذ هو الذى يعطى الأجر جعلت على الأستاذ أجر مثله للمولى.

قال الشيخ الإمام أحمد الطواويسى رحمه الله: معنى قوله: دفعه على وجه الإجارة، أن ذلك العمل مما لا يعمل بغير بدل.

١٣٨٠٥-إذا استأجر الرجل سمساراً ليشترى له الكرابيس، أو استأجر دلالا ليبيع له ويشترى، فإن لم يبين لذلك أجلا لا يجوز، وقد ذكرنا المسألة مع ما فيها من الحيلة

(١) وكان فى الأصل: "إنما يجوز".

للجواز من قبل.

وفي "وقعات الناطفي": إذا قال لرجل: بع هذا المتاع ولك درهم، أو قال: اشتر لي هذا المتاع، ولك درهم، ففعل، فله أجر مثله لا يجاوز به الدرهم؛ لأن هذا الاستئجار وقع فاسدًا، فكان عاملا له بإجار فاسدة، فيجب له أجر المثل، وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل، وما تواضعوا عليه أن من كل عشرة دنانير كذا، فذاك حرام عليهم.

وفي "العيون": رجل دفع إلى آخر ثوبًا، وقال له: بعه بعشرة، فما زاد، فهو بيني وبينك، قال أبو يوسف رحمه الله: إن باعه بعشرة أو لم يبعه، فلا أجر له، وإن تعب في ذلك؛ لأنه نفى الأجر إذا باعه بعشرة لما علقه بأكثر من عشرة، ولو باعه باثني عشر، أو أكثر أو أقل، فله أجر مثل عمله، وقال محمد رحمه الله: أرى له أجر مثل عمله، وإن لم يبع إذا تعب في ذلك؛ لأنه عمل بحكم إجارة فاسدة، والفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الأجر مقابل بالبيع دون مقدماته، فلا يستحق الأجر بدون البيع، وإن تعب في عمله بحكم إجارة فاسدة.

وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا قال لدلال: اعرض ضيعتي وبعها على أنك إذا بعتها فلك من الأجر كذا، فلم يقدر الدلال على إتمام الأمر[1]، فباعها دلال آخر، قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله: إن كان الأول قد عرضها وذهب له في ذلك روزگار، يعتدّ به، فأجر المثل له واجب بقدر عناءه وعمله، وعن أبي نصير رحمه الله مثل ما قاله الفقيه أبو القاسم رحمه الله، فإنه سئل عمن دفع ثوبًا إلى منادي ليبيعه بأجر، فنادى ولم يبع صاحبه، قال له: أجر مثل له؛ لأنه عمل بإجارة فاسدة، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا هو القياس، أما في الاستحسان لايجب له الأجر؛ لأن العرف والعادة جرت أنهم لا يأخذون الأجر إلا بالبيع، وهذا موافق لقول أبي يوسف رحمه الله في المسألة المتقدمة، وعليه الفتوى.

وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": رجل يبيع شيئًا بالمزيدة، فاستأجر مناديًا ينادي ببيع ذلك، فإن بيّن له وقتًا أو قال: ينادي كذا صوتا بذلك جائز، ومالا فلا.

(١) وفي الأصل: "على إتمام الأجر".

١٣٨٠٦-وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمهما الله : رجل ضل شيئًا، فقال : من دلّني عليه فله درهم، فدلّه إنسان، فلا شيء له ؛ لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر، ولو قال لإنسان بعينه : إن دللتنى عليه فلك درهم، فإن دلّه من غير مشى معه، فكذلك الجواب لا يستحق به الأجر، وإن مشى معه، ودلّه فله أجر مثله ؛ لأن هذا عمل يقابل بالأجر عرفًا وعادةً، إلا أنه غير مقدر، ففسد العقد، ووجب به أجر المثل.

١٣٨٠٧-وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله" : استأجر رجلا ليصيد له، أو يحتطب له، فإن وقت لذلك وقتًا جاز، وإن لم يوقّت، ولكن عيّن الصيد، أو الحطب، فالإجارة فاسدة، وما اصطاد، واحتطب، فهو للمستأجر، وإن كان الحطب الذى عيّنه ملك المستأجر، فالإجارة جائزة.

وفى "القدورى" : وعن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره : اقتل هذا الذئب، أو هذا الأسد، ولك درهم، وهما صيدان ليس للمستأجر، فله أجر مثله لا يجاوز به درهمًا ؛ لأنه يحتاج فى الصيد إلى المعالجة، فيصير العمل مجهولا باعتبار، فيجب أجر المثل، قال : ويكون الصيد للمستأجر، قال : لأن القتل سبب التملك، وعمل الأجير يقع للمستأجر.

١٣٨٠٨-وفى "فتاوى الفضلى رحمه الله" : إذا استأجر الرجل رجلا ليهدم جداره، ويبنى حيطانه، كل ذراع بكذا، أو قال : بل بأجرة بكذا، أو ليكسر حطبه جازت الإجارة، وإن لم يذكر الأجل.

والأصل فى جنس هذه المسائل : أن العمل إذا كن معلومًا ولو أراد المستأجر أن يشرع فى ذلك العمل فى الحال، يمكنه الشروع فيه، ويقدر عليه، فإنه تجوز الإجارة من غير ذكر الأجل، وكذلك لو ذكر الأجل إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وهو يقدر على الشروع فى الحال يجوز أيضًا، بيان الأول ما ذكرنا من مسألة الهدم وبناء الحائط وكسر الحطب.

١٣٨٠٩-وكذلك لو استأجر رجلا ليخبز له عشرين منّا من الخبز بدرهم يجوز، وإن لم يذكر الأجل ؛ لأن العمل معلوم.

بيان الثاني : لو استأجره ليخبز له اليوم إلى الليل جاز ، وإن لم يبين مقدار العمل ؛ لأن العمل صار معلومًا بذكر الأجل .

١٣٨١٠-ولو استأجر رجلا ليذرى كدبته ، أو قال له بالفارسية : باين يك درهم اين خرمن مرا باز كن ، لا يجوز ، ولو قال : به اين يك درهم اين ديوار را باز كن ، جاز ، لأن فى الجدار وجنسًا لو أراد لالأجير أن يشرع فى العمل فى الحال بقدر إما تذرية الريح لا يتم به وحده ، وإنما يتم به وبالريح ، فلم يكن قدر على المستأجر عليه فلا يصح .

وفى "الأصل" : استأجره ليبنى له حائطًا بالآجرّ والجصّ ، وسمى كذا كذا أجرة من هذه الإجارات ، وكذا كذا كرا من الجصّ ، ولم يسمّ الطول والعرض ، كانت الإجارة فاسدة قياسًا صحيحة استحسانًا .

وجه القياس أن مقدار الطول والعرض مجهول ، وهذه جهالة توقعهما فى المنازعة ، وجه الاستحسان أن مقدار الطول والعرض معلوم عرفًا ؛ لأن بعد بيان الأجر عددًا والجصّ كيل يعرف أهل هذه الصنعة مقدار طوله وعرضه ، ولو سمى كذا كذا عددًا من الأجرّ أو اللبنة ، ولم يسمّ الملبن ، ولم يره إياه ، إن كان ملبن أهل تلك البلدة واحد ، أو كان لهم ملابين مختلفة ، إلا أن غالب عملهم على ملبن واحد جازت الإجارة استحسانًا ؛ لأن ملبنهم إذا كان واحدًا ينصرف مطلق الاسم إليه .

وكذلك إذا كانت لهم ملابين مختلفة إلا أن غلبة أعمالهم على ملبن واحد ، ينصرف مطلق الاسم إليه عرفًا وعادةً ، وإن كان ملابينهم مختلفة ، ولم يغلب استعمال واحدة منها ، كانت الإجارة فاسدة ؛ لأن فى هذه الصورة الملبن لا يصير معلومًا ، لا شرطًا ، ولا عرفًا ، وجهالة الملبن توجب فساد الإجارة ؛ لأن العمل مما يتفاوت بتفاوت الملبن صغرًا وكبرًا .

١٣٨١١-وإذا استأجره ليبنى له حائطًا بالربض ، وشرط عليه الطول والعرض جاز ؛ لأن العمل معلوم إذا بيّن الطول والعرض ، وبدون بيان الطول والعرض لا يجوز ؛ لأن العمل لا يصير معلوم ، وإذا استأجره ليعمّر له فى هذه الساحة يتبين ذى سقفين ، أو ذى سقف واحد ، وبيّن طوله وعرضه والسرد[1] ، وغير ذلك ، ويقال بالفارسية : سكن

(١) وكان فى الأصل : "والسرر" .

دادن؛ لا يجوز، هكذا ذكر في "فتاوى أبي الليث"، والصواب أنه يجوز إذا كان بآلات المستأجر لتعامل الناس، ومسألة الاستئجار لبناء الحائط بالآجر والجصّ التي تقدم ذكرها، يشهد لهذا القول.

ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره، وسمى عمقها وسعتها، حتى جازت الإجارة، فلما حفر بعضها وجد جبلا أشد عملا، وأشد مؤنة، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار إلا أنه تلحقه زيادة مشقة وتعب، فإنه يجبر على العمل؛ لأنه ضمن بعقد الإجارة حفر هذا الموضع بالآلة التي يحفر بها الآبار، وقد أمكنه ذلك، فقد قدر على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة، فيجبر عليه، وإن كان لايقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار، لايجبر عليه؛ لأنه ما قدر على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة؛ لأنه إنما ضمن الحفر بالآلة التي يحفر بها الآبار لا بآلة أخرى.

وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتاب، وحكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: أنه يستحق إذا كان يعمل في ملك المستأجر، بخلاف إذا ما كان يعمل في غير ملكه، وقاس هذه المسألة على ما إذا استأجر خيّاطًا ليخيط له ثوبًا في بيت المستأجر، فخاط بعضه فسرق الثوب، أو حفارًا ليحفر له بئرًا في دار المستأجر، فحفر البعض، فانهار، فإنه يستحق من الأجر بقدره، وإن كان يعمل ذلك في غير ملكه، فا أجر له، كذا ههنا.

وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا من "القدوري": أن الخيّاط إذا خاط في بيت المستأجر، فخاط بعض الثوب أن لا أجر له؛ لأنه لا ينتفع به، يجب أن يقال ههنا: إنه لا يجب الأجر أيضًا؛ لأنه لا ينتفع به، وسيأتي، بخلاف هذا عن أبي يوسف رحمه الله في فصل فسخ الإجارة بالعذر، وإن شرط عليه أن كل ذراع في طين، أو سهلة بدرهم، وكل ذراع في جبل بدرهمين، وكل ذراع في الماء بثلاثة، وبيّن مقدار الطول والعرض، فهو جائز[1]؛ لأن الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر إنما يجب بعد العمل، وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا؛ لأنا نعلم بأي قدر حفر في السهلة، وبأي قدر حفر في الجبل.

(١) وفي الأصل: "فهو جائز ،وبين مقدار طول البئر عشرة مثلا، فهو جائز لأن الأجر".

١٣٨١٢-ولو استأجره ليحفر له بئرًا فى داره، وظهر الماء فى البئر قبل أن يبلغ المنتهى الذى شرط عليه، فإن أمكنه الحفر فى الماء بالآلة التى يحفر بها الآبار، أجبر على الحفر، وإن احتيج إلى اتخاذ آلة أخرى، لا يجبر على نحو ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

وكذلك لو استأجر ليحفر فى حجارة مروة، فلما حفر البعض استقبله حجارة صفا أصمّ، فإن أمكنه حفر الصفا بالآلة التى يحفر بها المروة، أجبر على الحفر، وما لا فلا.

وإن استأجر رجلا ليحفر له حوضًا عشرة فى عشرة، وسمّى عمقها وعرضها ببدل معلوم، فحفر خمسة فى خمسة، يجب ربع المسمّى؛ لأن أوفى ربع العمل؛ لأن عشرة فى عشرة مائة، وخمسة فى خمسة خمسة وعشرون.

١٣٨١٣-وإذا استأجر رجلا ليحفر له قبرًا، فحفر، فانهارت، أو دفن فيها إنسان قبل أن يأتى المستأجر بجنازته، فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى حفر البئر قبل هذا، إن كان ذلك فى ملك المستأجر فله الأجر، وإن كان فى غير ملكه، فلا أجر له.

ولو استأجره ليحفر له قبرًا، ولم يسمّ فى أى المقابر جاز استحسانًا، ويتصرف[1] إلى المكان الذى يدفن فيه أهل تلك المحلة موتاهم، قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجوب بناء على عرف أهل الكوفة، فإن لكل محلة مقبرة خاصة يدفنون موتاهم فيها، ولا ينقلون موتاهم إلى مدافن أخرى، أما فى ديارنا تنقل الموتى من محلة إلى مقابر محلة أخرى، فلا بد من تسمية المكان حتى لو كان موضعًا كان لأهل كل محلة مقبرة خاصة لا ينقلون موتاهم إلى محلة أخرى، أو كان موضعًا لهم مقبرة واحدة، تجوز الإجارة من غير تسمية المكان.

١٣٨١٤-وإذا عيّن المستأجر للأجير مكانًا يحفر فيها القبر، فحفر فى مكان آخر، فالمستأجر بالخيار، إن شاء رضى بذلك، وأعطاه الأجر، وإن شاء ردّ ذلك عليه، ولا أجر له؛ لأن الأجير موافق من وجه من حيث إنه أمر بحفر القبر، وقد حفر مخالف من وجه من حيث إنه لم يحفر فى المكان الذى أمر بالحفر فيه، فإن شاء مال إلى جهة الوفاق، وجعله عاملا بعقد، وأعطاه الأجر، وإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وجعله عاملا بغير عقد ولم يعطه الأجر.

(١) وفى الأصل: "وينصرف".

وإذا لم يصفوا له طول القبر وعرضه وعمقه جاز الاستئجار استحسانًا، يؤخذ بأوسط ما يعمله الناس -والله أعلم- .

نوع آخر
فى المتفرقات:

١٣٨١٥-وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز أن يستأجر من عقار مائة أذرع لو من أرض جريبًا أو جريبين، إذا كان أكثر من ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يجوز؛ لأن من أصل أبى حنيفة رحمه الله أن يبيع الذراع من الأرض، لايجوز، وعندهما : يجوز؛ لأنه عبارة عن لانصيب، وإجارة المشاع جائزة عندهما، ولا يجوز استئجار القناة والبئر والنهر ليسقى منها غنمه وأرضه؛ لأن المقصود هو الماء، وأنه عين، والأعيان لا تستحق بعد الإجارة.

١٣٨١٦-وكذلك إذا كان لرجل شرب فى النهر، فاستأجره ليسقى منه غنمه أو أرضه لم يجز لما قلنا.

والحيلة فى ذلك : أن يؤاجر منه موضعًا معلومًا من حريم البئر أو النهر ليكون عطفًا لمواشيه، ويبيح له سقى المواشى من البئر والنهر، كذا ذكر شمس الأئمة رحمه الله، قالوا : وهذ إذا كان المواشى بحيث ينقطع الماء عن شربها، فأما إذا لم يكن كذلك، فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر المواشى بحريم البئر والنهر.

١٣٨١٧-ولا تجوز إجارة الآجام والأنهار للسمك وغيره، أما للسمك فلأن هذه الإجارة لا تفيد إلا ما كان ثابتًا له من قبل؛ لأن المشروط فى هذه اصطياد السمك، والمستأجر كان يملك اصطياد السمك من غير إجارة، ولأن هذه الإجارة عقدت على استحقق العين، وأما لغير السمك فلأن غير السمك فى الآجام والأنهار العصب والماء، وأنها عين، ولا تجوز إجارة المراعى لم يرد به إجارة الأراضى، فإن إجارة الأراضى جائزة، وإنما أراد به إجارة الكلأ، وإنما لم يجز لأنها وردت على العين.

والحيلة فى جوازها : أن تستأجر موضعًا من الأرض ليضرب فيه فسطاطًا أو

ليجعله حظيرة لغنمه، فتصح الإجارة، ويبيح صاحب المرعى له الانتفاع بالمرعى.

١٣٨١٨-وإذا استأجر الرجل دراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو شعيرًا، أو ما أشبه ذلك من الوزنيات أو الكيليات ليعمل بها كل شهر بدرهم لا يجوز؛ لأن الإجارة جوزت بخلاف القياس لمنفعة مقصودة من الأعيان، والمنفعة المقصودة من الكيليات والموزونات لا يمكن استيفاءها إلا باستهلاكها، فتكون هذه الإجارة مقصودة على استهلاك العين، والإجارة لاتنعقد على استهلاك العين.

ولو استأجر الدراهم أو الدنانير شهرًا ليتزن[1] بها، أو استأجر الحنطة أو الشعير ليعير بها مكياله، ذكر في الأصل: أنه يجوز.

قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: وعندي أنه لا يجوز، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ما ذكر في الأصل محمول على ما إذا استأجرها ليعيرها مكيالا، لا بعينه، وما ذكر أبو الحسن رحمه الله محمول على ما إذا استأجرها لتعير بها مكياله لا بعينه، وبعضهم قال: في المسألة روايتان: وجه الجواز أن هذه منفعة مطلوبة؛ وجه عدم الجواز أن هذه المنفعة ليست بمقصودة من هذه الأعيان، فلا يصح الإجارة عليها.

ولو استأجر الدراهم أو الحنطة يومًا مطلقًا، ولم يبين لماذا يستأجرها، لم يذكر هذه المسألة في الأصل، قال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله": ولقائل أن يقول: يجوز، ويحمل على الانتفاع بها وزنًا احتيالا لجواز العقد، ولقائل أن يقول: لا يجوز، وإليه مال الكرخي، لأنا وإن حملناه على الانتفاع بهما وزنًا، لا يجوز العقد على قول الكرخي على ما مر.

١٣٨١٩-وإذا استأجر الرجل نخلا أو شجرًا على أن يكون ما أثمر للمستأجر لايجوز؛ لأن هذه إجارة عقدت على استحقاق العين، ومحل الإجارة المنفعة دون العين على ما مر، فلا يمكن العمل بحقيقة الإجارة، ولا يمكن أن يجعل مجازًا عن البيع؛ لأن الإجارة لا تصير سببًا للملك الرقبة قط، فكيف يمكن أن تجعل كناية عن البيع، وإذا أطلق الإجارة على النخل إطلاقًا، ولم يشترط شيئًا، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الأصل.

---

(١) هكذ في ظ، م، وكان في الأصل: "ليتزين".

قال شيخ الإسلام رحمه الله : ولقائل أن يقول : يجوز ويصرف الإجارة إلى منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين، كبسط الثياب على أغصانها أو شد الدابة بها، والإجارة على مثل هذه المنفعة جائزة، وقد ذكر الكرخي في "مختصره" : أن من استأجر نخيلا أو شجرًا ليبسط عليه ثيابه لا يجوز؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة من الأشجار، والإجارة إنما يجوز إيرادها على منافع مقصودة؛ ولأن هذا ليست من إجارات الناس، فإنا لا نجد أحدًا يستأجر أشجارًا ليبسط عليها ثيابه.

١٣٨٢٠-وفي "المنتقى" : إذا استأجر الرجل سطحًا ليجفف ثيابه عليه جاز، قال : ولا يشبه هذا إذا استأجر نخلا ليجفف ثيابه عليه.

١٣٨٢١-وإذا استأجر الرجل علو منزل ليبني عليها لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال : موضوع المسألة إذا كان العلو لرجل والسفل لرجل آخر، آجر صاحب العلو العلو من رجل ليبني عليه.

وتكون هذه المسألة فرع مسألة أخرى أن صاحب العلو إذا أراد أن يحدث في العلو بناء، قال أبو حنيفة رحمه الله : ليس له ذلك، أضر بالسفل، أو لم يضر، فإذا لم يملك صاحب العلو إحداث البناء بنفسه لم يملك التمليك من غيره بالإجارة، وعندهما له أن يحدث البناء إذا لم يضر بالسفل، فلما ملك صاحب العلو هذا بنفسه ملك التمليك من غيره بالإجارة حتى لو كان العلو والسفل لواحد، فإنه تجوز هذ الإجارة عندهم؛ لأن الآجر يملك إحداث هذا البناء بنفسه، فيملك التمليك من غيره بالإجارة.

ومنهم من قال : لا، بل المسألة على الخلاف، وإن كان العلو والسفل لواحد، فعلى هذ لا تكون المسألة بناء، بل تكون مسألة مبتدأة، فلا بد أن يتكلم لكل وحد منهم بكلام مبتدأ، وإطلاق محمد رحمه الله يدل على هذا، فكان الحجة لهما أن أرض العلو والسفل لواحد، فعلى هذا لا يكون[1]، وهو سقف السفل بمنزلة أرض السفل، حتى دخل سقف السفل في إجارة العل للسكنى من غير ذكر، كأرض السفل ولما ألحق الأرض

(١) وفي الأصل : "لا يكون المسألة".

في حق الإجارة للسكنى، فكذا في يحق الإجارة للبناء يلحق الأرض[1].

١٣٨٢٢-ومن استأجر أرضًا ليبني جازت الإجارة، وإن كان قدر البناء مجهولا، فكذا هذا بهذا تعلقًا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إذا استأجر الأرض للبناء، إنما جاز مع الجهالة؛ لأن جهالة قدر البناء مما لا يلحق لصاحب الأرض زيادة ضرر، فإنه قل البناء أو كثر، لا يتضرر به رب الأرض، فأما جهالة قدر البناء مما يضر بأرض العلو، وهو سقف السفل، فكانت جهالة قدر البناء ههنا مانعًا جواز الإجارة من هذا الوجه.

١٣٨٢٣-ولو استأجر سطحًا ليبيت عليه شهرًا، ذكر في كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجارات: أنه يجوز، وذكر في بعض المواضع أنه لا يجوز، فمن مشايخنا رحمهم الله من وفق، فقال: ما ذكر في كتاب الصلح، وفي بعض روايات الإجارات: محمول على ما إذا كان العلو سقفًا، وإن لم يكن سقفًا يكون محجرًا، بأن ورد[2] عليه الحائط؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة، فهو موضع السكنى عادةً، فجاز الاستئجار للبيتوتة عليه، وما ذكر في بعض المواضع محمول على ما إذا لم يكن مسقفًا ولا محجرًا؛ لأنه إذا لم يكن بهذه الصفة، فهو ليس موضع السكنى عادةً، فلا يجوز الاستئجار للبيتوتة عليه.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: في المسألة روايتان، ومن المشايخ رحمهم الله من زيّف ما ذكر في بعض المواضع، وقال: يجوز استئجار السطح للبيتوتة على كل حال، وإطلاق لفظ كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجارات يدل عليه، ووجه ذلك: أن السطح مسكن يمكن السكنى فيه بنصب خيمة، أو ما أشبه، فتجوز الإجارة عليه.

١٣٨٢٤-وإذا استأجر القاضي رجلا ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرًا بأجر مسمّى، فهو جائز، لأنه استأجره مدة معلومة بأجر معلوم لعمل مباح، وهو قيامه في مجلسه، فيصح كما لو ستأجره شهرًا للخدمة، ويدخل في ذلك الحدود والقصاص؛ لأن مجرد القيام في مجلسه لا يفيد للقاضي فائدة، والإجارة لا تنعقد على ما لا فائدة

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: "بالأرض".

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: "بأن دور عليه".

للمستأجر فيه، وإنما يفيد القيام فى مجلسه إذا قام لبعض ما يعرض للقاضى من هذه الأسباب، فصار القيام بإقامة هذه الأسباب مستحقًا للقاضى ثمرة من ثمرات ما وقعت عليه الإجارة، وهو القيام فى مجلسه لا أن يكون هذا معقودًا عليه، حتى لا تجوز الإجارة عليه.

ولو استأجره القاضى لإقامة الحدود خاصة، أو لاستيفاء القصاص خاصة، إن لم يذكر لذلك مدة لا شك أنه لا يجوز، وإن ذكر لذلك مدة لم يذكر محمد رحمه الله فى الكتاب هذا الفصل، وذكر الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله فى كتابه: أنه يجوز، وإليه مال الشيخ الأجل شمس الأئمة الحلوانى والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله فى شرح كتاب الإجارات، وذكر الشيخ الإم الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ" خواهر زاده رحمه الله" فى شرح كتاب الإجارات: أنه لا يجوز، وإنما اختلفوا لاختلافهم فى علة عدم الجواز إذا لم يذكر لذلك مدة، فالكرخى رحمه الله ومن تابعه قالوا: إذا لم يذكر لذلك مدة، إنما لايجوز لأن المعقود عليه العمل، وأنه مجهول، لا يدرى كم يوجد، ومع الجهالة فيه خطر لا يدرى أيوجد أو لا يوجد، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا ذكر لذلك مدة؛ لأن عند ذكر المدة المعقود عليه تسليم النفس لا العمل، والشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام رحمه الله قال: إذا لم يذكر لذلك مدة إنما لا يجوز إما لإقامة الحدود، فلأنها طاعة، والاستئجار على الطاعة لا يجوز، فإن ذكر لذلك مدة، كما لو استأجر رجلا سنة ليعلم ولده القرآن، وأما لاستيفاء القصاص إنما لا يجوز كيلا يصير الأجير كالمستوفى لنفسه من وجه متى استحق بإزاءه أجرًا، وستقرر هذا المعنى بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهذا المعنى موجود فيما إذا ذكر لذلك مدة.

١٣٨٢٥-وإذا قضى القاضى لرجل على رجل بالقصاص فى النفس، فاستأجر المقضى له رجلا ليستوفى ذلك، على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله: لايجوز، وعلى قول محمد رحمه الله: يجوز، وفيما دون النفس تجوز الإجارة بالإجماع، محمد رحمه الله يقول: استأجره لعمل معلوم، وهو جز الرقبة، فوجب أن يجوز قياسًا على ما لو استأجر ليذبح شاة له، أو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ذهبا فى ذلك إلى أن القصاص فيما لا يجرى فيه التمليك، فإنه لو وهب من غير القاتل، أو باع لم يجز، ومتى انعقدت

الإجارة على القتل ووجب البدل له، أما المسمّى أو أجر المثل ثبت التمليك من حيث المعنى؛ لأن الأجير فيما يعمل كلعامل لنفسه من حيث إنه يأخذ لذلك أجرًا، فيصير من وجه كالمستوفى لنفسه، فيحصل له نوع ملك، والقتل لا يقبل ذلك، فلم يجب البدل حتى يصير معينًا له فى القتل من كل وجه، فلا يثبت له معنى التمليك، وهذ معنى ما يقول فى الكتاب أن القتل ليس بعمل يجوز فيه أخذ الأجر عليه، فأما إذا شك أنه عمل فى نفسه، بخلاف الذبح؛ لأنه متى استحق به أجرًا ثبت الملك المعنى، أكثر مما فى الباب أنه يصير كالذابح لنفسه من وجه، ولكن الذبح لنفسه من كل وجه من جهته جائز، بأن ملك الشاة منه، فكذا يجوز من وجه بأن استأجره للذبح، بخلاف القصاص فيما دون النفس؛ لأن له حكم المال حتى جاز للوصى استيفاءه، وجاز القضاء بالنكول عند أبى حنيفة رحمه الله، واعتبر فى التساوى والتكافى، فلو كان مالا من كل وجه جاز التمليك من كل وجه، فإذا كان له حكم المال من وجه جاز التمليك من وجه، بخلاف القصاص فى النفس؛ لأنه ليس له حكم المال بوجه ما، فإذا لم يكن له حكم المال لا يكون قابلا للتمليك بوجه ما، ومتى صحت الإجارة ثبت للآجر نوع ملك من حيث المعنى على ما بينا، فامتنع جواز الإجارة.

ولأن المستحق فى القصاص فى النفس إزهاق الروح مقصود، وتخريب البنية طريق إليه، فإزهاق الروح من صنع الله تعالى لا صنع للعبد فيه، وتخريب البنية وإن كان من صنعه، فهو ليس بمستحق مقصودًا ليرد عليه عقد الإجارة، فما ورد عليه عقد الإجارة، فهو ليس من صنع العبد، وما هو صنع العبد ما ورد عليه عقد الإجارة، بخلاف القصاص فيما دون النفس؛ لأن المستحق هناك إبانة الجزء، ورد[1] عليه العقد، وأنه من صنع العباد، بخلاف الذبح؛ لأنه عبارة عن قطع الحلقوم والعروق، فيرد عليه العقد، وأنه من صنع العباد.

١٣٨٢٦-إذا استأجر سنّورًا لأخذ الفأرة لا يجوز، ولو استأجر كلبًا أو بازيًا ليصيد به، ذكر فى أضاحى الزعفرانى أنه يجوز؛ لأن الأول ليس من إجارات الناس، والثانى من إجاراتهم، وذكر فى "القدورى" مسألة الكلب والبازى، وقال: لايجوز؛ لأنه لا

---

(١) وفى الأصل وم: "فرد" مكان "ورد".

يقدر على تسليم المعقود عليه، فإنه لا يمكن اختبار الكلب والبازى على الصيد.

١٣٨٢٧-قال فى "المنتقى": وكذلك إذا استأجر ديكا ليصيح لا يجوز، وذكر ثمة أصلا، فقال: كل شيء من هذا يكون فيه من غير فعل أحد لا يستطيع الإنسان أن يضربه حتى يفعل لا يجوز البيع فيه والإجارة.

١٣٨٢٨-ولو استأجر فحلا للإنزاء، فهو باطل لقوله ﷺ: «وإن من السحت ثمن الكلب ومهر البغى وعسب التيس»[1]، والمراد به أخذ الأجرة؛ ولأن نفس الإنزاء ليس بمقصود، إنما المقصود الإعلاق، وليس فى وسعه إيفاءه.

١٣٨٢٩-وعن أبى يوسف رحمه الله: فيمن استأجر ثيابًا ليبسطها فى بيت، ولايجلس عليها أن الإجارة فاسدة؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة، والإجارة جوزت بخلاف القياس لتحصل منفعة مقصودة.

١٣٨٣٠-وكذا روى عن محمد رحمه الله: فيمن استأجر دابة ليجبنها يتزين بها، فلا أجر لها؛ لأن قود الدابة ليست بمنفعة مقصودة.

١٣٨٣١-وفى "المنتقى": إذا استأجر تيسًا أو كبشًا للدلالة يسوق الغنم به لا يجوز.

وفى "القدورى": لو استأجر شاة ليرضع منها جديًا أو صبيًا لم يجز، وليس هذا كالآدمى.

١٣٨٣٢-وإذا استأجر من آخر عبدًا أو دابة، وشرط على المستأجر طعام العبد، أو علف الدابة لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة، وأنه مجهول، وجهالة الأجر توجب فساد الإجارة.

وعلى هذا إذا استأجر عبدًا كل شهر بأجر معلوم وطعامه، أو استأجر دابة كل شهر بأجر معلوم، وعلفها لا يجوز؛ لأن بعض الأجر مجهول، ومعنى آخر فى هذه المسائل: أنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأن طعام العبد المستأجر، وعلف الدابة المستأجر على الآجر على م يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ومثل

---

(١) ذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" (٤/ ٨٧)، وأخرجه النسائى فى "الكبرى" (٤٦٨٣).

هذا الشرط يوجب فساد الإجارة.

١٣٨٣٣-وفى "المنتقى": استأجر سيفًا شهرًا ليتقلده، أو استأجر قوسًا شهرًا ليرمى عنه يجوز، وإذا استأجر وتدًا يوتد به، ذكر هذه المسألة فى "المنتقى" بهذه العبارة فى موضع، وذكر: أنه يجوز، وذكر فى موضع آخر: إذا استأجر وتدًا ليعلّق به بعض الأمتعة، لا تجوز هذه الإجارة.

١٣٨٣٤-ولو استأجر قومًا يحملون الجنازة، أو يغسّلون ميتًا، فإن كان فى موضع لا يجد من يغسله غير هؤلاء، فلا أجر لهم، وإن كن ثمة أناس غيرهم، فلهم الأجر؛ لأن فى الوجه الأول أقاموا فرضًا، وهم متعينون له، ولا كذلك الوجه الثانى -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
فيما يجب على المستأجر وفيما يجب على الآجر

١٣٨٣٥-نفقة المستأجر على الآجر، سواء كانت الأجرة عينًا أو كانت منفعة حتى إن من استأجر دابة إلى بغداد بسكنى بيت شهرًا، أو بخدمة عبد شهرًا، أو استأجر عبدًا بسكنى بيت شهرًا، كان علف الدابة ونفقة العبد على الآجر، وهذا الحكم ظاهر فيما إذا كانت الأجرة عينًا، مشكل فيما إذ كانت الأجرة منفعة؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا إنما تجب النفقة على الآجر مع أن المستأجر في قبض المستأجر عامل لنفسه من حيث إنه يستوفى المنفعة، وللآجر من حيث إن يحصل له الأجر إلا أن ما يحصل للآجر خير مما يحصل للمستأجر؛ لأن الحاصل للآجر عين، والحاصل للمستأجر منفعة، والعين خير من المنفعة؛ لأن العين تبقى زمانين، والمنفعة لا تبقى زمانين، والباقى خير من الفانى، فترجح جانب الأجر على المستأجر، وجعل المستأجر فى القبض عاملا للآجر من كل وجه، وصار المستأجر بمنزلة المودع، ولهذا كانت المنفعة على الآجر، فأما إذا كان الأجر منفعة، فلا رجحان لأحد الجانبين على الآخر، فيجب أن لا تكون المنفعة على الآجر.

والجواب: بلى إذا كانت الأجرة منفعة فلا رجحان لأحد الجانبين على الآخر فى قبض المستأجر، فلا جرم يبقى ما كان على ما كان، والنفقة فى الأصل كانت على المالك، فإذا لم يثبت الرجحان لأحد الجانبين فى هذا القبض تبقى النفقة على المالك كما كان فى الأصل، وصارت نفقة المستأجر فى هذه الصورة نظير نفقة المرهون، فإن نفقة المرهون تجب على الراهن، وإن كانت منفعة قبض المرهون مشتركة بين الراهن والمرتهن، فإن الراهن بقبض المرتهن يصير موفيا دينه، والمرتهن بقبضه يصل إلى استيفاء الدين، فإن قبض المرتهن يضجر الراهن، فيحمله ذلك على قضاء الدين، ولا رجحان لأحد الجانبين على الآخر، فيبقى ما كان على ما كان، كذا ههنا.

قال: وتطيين الدار وإصلاح مآزيبها، وما وهى من بناءها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن إصلاح الملك على المالك، ولا يجبر على ذلك، ولكن للمستأجر أن

يخرج إذا لم يعمل ؛ لأنه عيب حصل فى المعقود عليه ، ولا يجب على المالك إزالة العيب ، وللمستأجر أن لا يرضى بذلك ، وإن كان استأجرها وهى كذلك ورآها ، فلا خيار له ؛ لأنه عقد مع العلم بالعيب ، فيلزم .

١٣٨٣٦-قال : وإصلاح بئر الماء وبئر البالوعة والخراج على رب الدار ، وإن كان امتلأ من فعل المستأجر ، ولا يجبر على ذلك ، لما بينا .

١٣٨٣٧-قال : ولو انقضت الإجارة وفى الدار نزاب من كنسة ، فعليه أن يرفعه ؛ لأنه اجتمع بفعله ، فصار بمنزلة متاع وضعه ، قال : وإن كان امتلأ خلاها ومجاريها من فعله ، فالقياس أن يلزمه نقله ؛ لأنه حدث بفعله ، كالرماد والتراب ، وإنما استحسنوا فيما كان معينًا فى الأرض ، فالانتفاع به لا يحصل إلا من هذا الوجه ، فإن الانتفاع بالمجارى من حيث الإجراء أو بالخلاء من حيث التخلى فيه ، وإذا كانت المنفعة من هذ الوجه يحصل كان مستحقًا بالعقد ، فلم يجب عليه نقله .

قال : فإن أصلح المستأجر شيئًا من ذلك لم يحتسب له ما أنفق ؛ لأنه فعل بغير أمر مالكه ، فكان متبرعًا -والله أعلم بالصواب- .

ومما يتصل بهذا الفصل

فصل التوابع:

والأصل فى أن الإجارة إذا وقعت على عمل ، فكل ما كان من توابع ذلك العمل ، ولم يشترط ذلك فى الإجارة على الأجير ، فالمرجع فيه العرف ، حتى قال فى الكتاب : من استأجر رجلا ليضرب له لبنا ، قالوا : يغسل اللبن على اللبان إن جرت العادة به ، وكذلك فى الدقيق الذى يصلح الحالك به الثوب ، ويعتبر العرف والسلك الذى يخاط به الثوب ، والإبر على يالخياط باعتبار العرف ، وإخراج الخبز من التنور على الخبّاز بحكم العرف ، وكذلك الطباخ إذا استؤجر فى عرس ، فإخراج المرقة من القدر إلى القصاع على الطباخ ، وإن استؤجر لطبخ قدر خاص ، فإخراج المرقة من القدر ليس عليه .

١٣٨٣٨-وإذا تكارى دابة للحمل ، ففى الإكاف والحبال والجوالق يعتبر العرف ،

وكذلك إذا تكاراها للركوب، ففي اللجام والسرج يعتبر العرف أيضًا، وإذا تكارى دابة لحمل الحنطة إلى منزله، وإنزال الحمل على ظهر الدابة على المكارى، وفى الإدخال فى المنزل يعتبر العرف، وكذلك الحمال يحمل على ظهره، ففى الإدخال فى المنزل يعتبر العرف، وليس على المكارى أن يصعد بها على السطح إلا أن يكون اشترط ذلك، وبيّن له، وفى سلك الخياط إذا لم يكن عادة معروفة، فهو على صاحب الثوب؛ لأن الإجارة ما وضعت لاستيفاء العين، وهو كالصبغ إذا لم يكن فيه عادة معروفة يكون على صاحب الثوب لما ذكرنا.

١٣٨٣٩-وإذا استأجر ورّاقًا وشرط عليه الحبر والبياض، فاشتراط الحبر صحيح، واشترط البياض باطل؛ لأنه لو صحّ يكون عاملا فى ملك نفسه، فلا يكون أجيرًا.

وإذا استأجر قصارًا ليقصر له ألف ثوب، فحملها على القصار إلا أن يشترط القصّار حملها على رب الثياب.

١٣٨٤٠-حمّال حمل أحمالا بكذا، فلما بلغ الموضع نزل فى دار، ووضع الأحمال فى موضع منها، ثم وزنها على صاحبها، وسلمها إليه، فلم يرفعها أيامًا، ثم اختصموا فى كراء ذلك الموضع، ورب الدار يأخذ الحمال بالكراء، فإن كانت الأحمال فى موضع مستأجر بالعقد فالكراء على من استأجر، وإن كانت الأحمال فى موضع يستعمل بأجر غير معقود عليه، فبعد الوزن والتسليم يجب الكراء على المسلم إليه، وقبل ذلك يجب على الحمال؛ لأن ما يجب فى هذه الصورة يجب بحكم الاستعمال، لا بالعقد، والمستعمل بعد التسليم المسلم إليه، وقبل[1] ذلك المستعمل هو الحمال.

(١) وفى الأصل: "وقيل".

الفصل السابع عشر
فى الرجل يستأجر فيم هو شريك فيه

١٣٨٤١ -وإذ استأجر أحد الشريكين نصف دابة صاحبه، أو نصف عبد صاحبه على أن يحمل[١] نصيبه من الطعام المشترك إلى موضع كذا، والطعام غير مقسوم، فلا أجر له، وعلى هذا الإجارة على عمل فى محل محل مشترك، ووجه ذلك: أن المقصود من هذه الإجارة ليس نفس العمل، بل المقصود وصف يحصل للمحل[٢] وهو صيرورة المحل محيطًا محمولا، وهذا الوصف لا يتصور تحصيله للشائع، فقد أضاف العقد إلى محل لا يمكن تحصيل المعقود عليه فيه، فلغى العقد.

١٣٨٤٢ -قال محمد رحمه الله: لو استأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه ليحمل الطعام المشترك إلى موضع، فهو جائز، وكذلك لو أراد أن يطحنا الطعام المشترك، ولأحدهما رحى، فاستأجر أحدهما نصف رحى شريكه ليطحن به الطعام المشترك، وكذلك لو استأجر منه نصف الجوالق على أن يحملا فيه هذا الطعام إلى موضع كذا.

والفرق: وهو أن الإجارة إذا وقعت على العمل، فوجوب الأجرة يقف على العمل، والعمل فى محل شائع، لا يتصور، فلا ينعقد العقد أما إذا وقعت على المنفعة، فوجوب الأجر لا يقف إيقاع النفع فى ذلك المحل، ألا ترى أنه يجب الأجر بتسليم العين قبل الانتفاع، فيصح العقد فى قول من يجوّز إجارة المشاع، ذكر هذه المسائل فى "المنتقى".

وفى "عيون المسائل": قال محمد رحمه الله فى "العيون" عقيب ذكر هذه المسائل: كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون منه عمل، فإنه لا يجوز وإن عمل، فلا أجر له، وكل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون منه العمل، فهو جائز، وذلك نحو الجواق وأشباه.

(١) وفى الأصل: "أن يعمل".

(٢) وفى م: "يحصل للحمل".

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : هذا خلاف رواية "الأصل" ، فإنه ذكر محمد رحمه الله فى كتاب المضاربة ، ولو استأجر من صاحبه بيتًا أو حانوتًا ، لا يجب الأجر .

وفى "نوادر ابن سماعة رحمه الله" : رجل استأجر رجلين يحملان له هذه الخشبة إلى منزله بدرهم ، فحمله أحدهما ، فله نصف درهم ، وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل ذلك فى الحمل والعمل ، وكذلك لو استأجرهما لبناء حائط ، أو حفر بئر ، ولو كانا شريكين فى الحمل والعمل يجب الأجر كله ، ويكون بين الشريكين ، ويصير عمل أحدهما بحكم الشركة كعملهما .

١٣٨٤٣-وفى "الأصل" : إذا استأجر الرجل قومًا يحفرون له سردابًا إجارة جائزة، فعملوا إلا أن بعضهم عمل أكثر مما عمل الآخر ، كان الأجر مقسومًا بينهم على عدد الرؤوس ، فرق بين هذا وبينما إذا استأجر دابتين ليحمل عليهما عشرون مختومًا من الحنطة بكذا حتى لم يكن له أن يحمل على واحد منهما أكثر من العشرة ؛ لأن العشرين أضيفت إليهما على السوء ، فلو حمل عليهما عشرون مختومًا إلا أنه حمل على أحدهما أكثر من العشرة ، فإنه يقسم الأجر عليهما على قدر أجر مثلهما ، وههنا قال : يقسم الأجر على عدد الرؤوس .

والفرق : أن التفاوت فيم بين الدواب تفاوت فاحش يختلف الأجر بمثله ، فلا بد من اعتبار التفاوت وقسمة الأجر على قيمة عملهما ، وأما التفاوت بين الأجر فى عمل تفاوت يسير لا يعتبره الناس فيما بينهم ، فسقط اعتبار التفاوت ، وقسم الأجر بينهم على عدد رؤوسهم إذا اشتركوا فى العمل .

قال بعض مشايخنا رحمهم الله : هذا إذا لم يكن التفاوت بين الأجراء فى العمل فى هذه الصورة تفاوتًا فاحشًا ، أما إذا فحش التفاوت لا يقسم الأجر على عدد الرؤوس ، كما فى مسألة الدابتين ، وإن لم يعمل أحدهما لمرض ، أو عذر آخر إن لم يكن بينهم شركة بأن لم يشتركوا فى تقبل هذا العمل سقط حصة أجر المريض ؛ لأنه لم يوفِ عمله لا بنفسه ، ولا بنائبه ؛ لأنه لم يسبق منه استعانة من أصحابه حتى يجعل ما زاد على نصيبهم من العمل بحكم الاستعانة واقعًا له ، بل يجعل الزيادة واقعة لصاحب السرداب ، ويكون عملهم فى الزيادة على نصيبه تطوعًا .

فهو نظير رجل دفع أرضه إلى آخر مزارعة، فجاء رجل آخر، وزرع ذلك الأرض متبرعًا كان الزرع لصاحب الأرض؛ لأنه لا يمكن أن يجعل عمله للمزارع؛ لأنه لم يوجد منه استعانة به، ولم يعمل فى ملكه، فجعلناه واقعًا لصاحب الأرض، وإن اشتركوا فى تقبل هذا العمل يجب كل الأجر وتكون حصة المريض له؛ لأن المريض فى هذه الصورة مستعير بهم دلالة؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم إنما[1] يعتقدون عقد الشركة فى تقبل الأعمال حتى إذا عجز واحد منهم بعينه الآخر، ولو وجدت الاستعانة صريحًا، كان الجواب، كما قلنا، فههنا كذلك.

١٣٨٤٤-وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": صبّاغان آجر أحدهما آلة عمله من الآخر، ثم اشتركا، فإن كانت الإجارة، وقعت على كل شهر يجب الأجر فى الشهر الأول، ولا يجب بعد ذلك؛ لأن فى الشهر الأول الشركة طرأت على إجارة صحيحة منفذة، فلا يبطلها، وفى الشهر الثانى الشركة سبقت الإجارة، فمنعت إنعقادها، فلا يجب الأجر بعد ذلك بهذا، وإن آجرها عشر سنين مثلا، فالأجر واجب عليه فى ذلك كله؛ لأن الإجارة قد صحت فى كل المدة المسمّى، فلا يبطلها طريان الشك[2] عليهما.

وعن محمد بن سلمة رحمه الله: أن الشركة توهن الإجارة، وصورة ما نقل عنه: رجل استأجر من آخر حانوتًا، ثم اشتركا فى عمل يعملان فى ذلك الحانوت، وبقول محمد بن سلمة رحمه الله: يفتى، ويسقط الأجر إذا عملا فيه بحكم الشركة؛ لأنه لم يسلم المعقود عليه، وآخر فى باب إجارة الدور من إجارات "الأصل": إذا تكارى دارًا شهرًا، فأقام معه رب الدار فيها إلى آخر الشهر، فقال المستأجر: لا أعطيك الأجر لأنك لم تحل بينى وبين الدار، فعليه من الأجر بحساب ما كان فى يده اعتبارًا للبعض بالكل - والله أعلم- .

---

(١) وكان فى الأصل: "إنهم إنما لم يعتقدون".

(٢) وفى ظ: "الشرك".

الفصل الثامن عشر
فى فسخ الإجارة بالعذر وبيان ما يصلح عذرًا وما لا يصلح

١٣٨٤٥-الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ لأن الفسخ فى باب الإجارة امتناع عن القبول من وجه وفسخ لعقد منعقد من وجه؛ لأن الإجارة فى حق المعقود عليه، وهو المنافع تجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، وفى حق الآجر يعتبر منعقدًا فى الحال؛ لأنه لا ضرورة فى حق الآجر، وإنما تأخر وقوع الملك فى الآجر لا يعدم انعقادها العقد فى حقه للحال، بل ضرورة تأخر الملك فى المنفعة تحقيقًا للتساوى، ولهذا قلنا: إن الأجرة تملك بالتعجيل، وباشتراط التعجيل ولو لم يكن العقد منعقدًا فى طرف الأجرة لما ملكت بالتعجيل، أو اشتراط التعجيل كما لو أضيفت إلى وقت آت، وإذا اعتبرت الإجارة منعقدة فى الحال فى حق الأجرة، وفي حق المنافع يعتبر متجددًا انعقادها ساعة فساعة، كان الفسخ امتناعًا عن القبول من وجه فسخًا لعقد منعقد من وجه، فعملنا بهما فى حالين، فاعتبرناه امتناعًا عن القبول حال عذر يتمكن فى العاقد، فجوزناه، من غير قضاء، ولا رضا صاحبه على ما عليه إشارات "الأصل"، و"الجامع الصغير"، واعتبرناه فسخًا لعقد منعقد حال عدم العذر، فلم نجوزه بغير رضا صاحبه توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبه الامتناع عن القبول حالة العذر؛ لأنا لو أظهرنا شبه الامتناع عن القبول حال عدم العذر، يلزمنا إظهاره حالة من طريق الأولى، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذى قلنا: ليمكننا العمل بالشبهين، واستقبح محمد رحمه الله قول من يقول بأن الإجارة لا تفسخ بالأعذار، فقال: أرأيت لو أن رجلا استأجر رجلا ليقلع سنه لوجع أصابه، أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة، وقعت فيها، فسكن الوقع، وبرأت اليد، أيجبر المستأجر على المضى فى الإجارة والتمكين من قلع السن وقطع اليد؟ وأرأيت لو استأجر رجلا ليتخذ له وليمة العرض، فماتت المرأة، أيجبر المستأجر على المضى؟ لا شك أنه لا يجبر؛ لما فى المضى من الضرر، وأنه قبيح.

ثم العذر إذا تحقق تنفسخ الإجارة بنفس العذر، أو يحتاج فيه إلى الفسخ لم يذكر محمد رحمه الله هذا نصًا فى شىء من الكتب، وإشارات الكتب متعارضة فى بعضها تشير إلى أنها تنفسخ بنفس العذر، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله، وفى عامتها تشير إلى أنه يحتاج فيه إلى الفسخ، وعليه عامة المشايخ رحمهم الله، وهو الصحيح.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: كل عذر يمنع المضى فى موجب العقد شرعًا تنتقض الإجارة بنفسه، ولا يحتاج فيه إلى الفسخ، كما فى مسألة الأكلة، وقلع السن، فإن بعد ما برأ اليد، وسكن الوجع، لا يجوز قلع السن، وقطع اليد، فلا فائدة فى إبقاء العقد، فينتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضى فى موجب العقد شرعًا، ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، ثم إذا احتيج إلى الفسخ على ما عليه إشارات عامة الكتب ينفرد صاحب العذر بالفسخ، أو يحتاج فيه إلى قضاء القاضى، أو رضا العاقد الآخر.

ذكر فى "الزيادات": أنه يشترط القضاء، أو الرضا وإليه، أشار فى "الجامع الصغير" وفى "الأصل" إلى أنه لا يشترط القضاء أو الرضا.

ومن شرط النقض من المشايخ اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالو: ما ذكر فى "الزيادات" محمول على عذر يحتمل الاشتباه، كما إذا لحق الآجر دين، وهو يدعى أنه لا وفاء له إلا من ثمن الدار، إذ يحتمل[١] أن له وفاء بغير الدر المستأجرة، فيحتج فيه إلى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء.

وما ذكر فى "الأصل" وفى "الجامع الصغير": محمول على ما إذا كان العذر أمرًا واضحًا لا اشتباه فيه، فلا يحتاج فيه إلى القضاء، ومنهم من قال فى المسألة روايتان: وجه رواية "الجامع الصغير" و "الأصل": أن هذا فى معنى العيب قبل القض، فإن المنافع لا يصير مقبوضة بقبض الدار حقيقة، والعيب قبل القبض يوجب الفسخ من غير قضاء، ولا رضا، كما فى بيع العين، وجه ما ذكر فى "الزيادات": أن هذا إن كان فى معنى العيب قبل القبض حقيقة على الوجه الذى قلتم، فهو فى معنى العيب بعد القبض

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "ويحتمل" مكان "إذ يحتمل".

حكمًا، فإنه أقيم قبض الدار مقام قبض المنافع فى حق تمام العقد، فيشترط فيه القضاء أو الرضا.

١٣٨٤٦-إذا حدث فى العين المستأجر عيب لا يوجب خللا فى المنافع، لم يكن للمستأجر أن يفسخ العقد، وذلك نحو العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعر، أو سقط حائط من الدار، لا ينتفع به سكناها، وهذا لأن المعقود عليه فى الإجارة المنفعة، فإذا لم يتمكن[1] الخلل فى المنافع، كان المعقود عليه قائمًا من كل وجه، فلا معنى لإثبات الخيار، وإن كان العيب يوجب خللا فى المنافع، كالعبد إذا مرض والدابة إذا دبرت، والدار إذا انهدم بعض بناءها، حتى أوجب نقصانًا فى سكنى الباقى، كان للمستأجر أن يفسخ العقد؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه على الوجه المستحق بالعقد لتمكين[2] الخلل فيه، فإن شاء رضى بالخلل، واستوفاه كذلك، وإن شاء فسخ العقد.

وإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار قبل فسخ المستأجر، فلا خيار للمستأجر؛ لأن الخلل قد ارتفع والعقد يتجدد انعقاده على حسب المنافع، فلم يتمكن الخلل فى المعقود عليه فى العقد الآتى، فلا يكون له حق الفسخ.

١٣٨٤٧-ولو كان المؤاجر غائبًا، فليس للمستأجر أن يفسخ؛ لأن حضور العاقدين شرط صحة الفسخ، عرف ذلك فى كتاب البيوع، ولو سقطت الدار كلها، فله أن يخرج سواء صاحب الدار شاهدًا أو غائبًا، فهذا إشارة إلى أن عقد[3] الإجارة ينفسخ بانهدام الدار، فإنه قال: فللمستأجر أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدًا أو غائبًا، ولو لم ينفسخ العقد، واحتيج إلى الفسخ، يشترط حضرة صاحبه، كما فى المسألة المتقدمة، وهذا فصل اختلف أصحابنا فيه.

بعضهم قالوا: ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى، وانقطاع الشرب عن الأرض إذا كان لا يمكنه أن يزرع، واستدل هذا القائل باللفظ الذى ذكرنا،

---

(١) وفى الأصل: "لم يكن".

(٢) وفى الأصل وم: "لتمكن الخلل".

(٣) وفى الأصل: "هذا" مكان "عقد".

ومنهم من قال : لا ينفسخ العقد بانهدام الدار ، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الصلح : أنه إذا صالح على سكنى دار ، فانهدمت ، لم ينفسخ الصلح ، واستدلوا أيضًا بما روى هشام عن محمد رحمهما الله فيمن استأجر بيتًا ، فانهدم ثم بناه الآجر ، فليس للمستأجر أن يمتنع ، ولا للآجر ، فهذا إشارة إلى أن العقد لا نفسخ بانهدام الدار ، وهذا لأن المنفعة ما فاتت من كل وجه ، فإن الانتفاع بالعرصة ممكن من وجه ، بأن يضرب خيمة فيها أوان فاتت المنفعة من كل وجه ، إلا أنها ما فاتت على سبيل التأبيد إنما فاتت على وجه يحتمل العود ، فأشبه إباق العبد المستأجر ، وذلك لا يوجب انفساخ العقد ، ونص فى إجارات "الأصل" فى باب الرحى : الإجارة فى الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء عنها .

١٣٨٤٨-وفى "فتاوى الفضلى" : المؤاجر إذا نقض الدار المستأجرة برضا المستأجر ، أو بغير رضاه ، لا تنتقض الإجارة؛ لأن الأصل باقى ، قال : وهذا بمنزلة ما لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر ، وهناك لا تنتقض الإجارة ، بل يسقط الأجر عن المستأجر ما دامت الدار فى يد الغاصب .

ومن المشايخ رحمهم الله من قال : ينفسخ العقد بانهدام الدار ، ثم يعود بالبناء ، ومثل هذا جائز ، ألا ترى أن الشاة المبيعة إذا ماتت فى يد البائع ينفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره ، كذا ههنا .

فإن بنى المؤاجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد إن شاء ، هكذا ذكر فى "النوادر" ، وأنه يخالف رواية هشام عن محمد رحمهم الله فى مسألة البيت ، وجه هذه الرواية أن التغير قائم فيها ؛ لأن الدار إذا كانت جديدة تكون أبرد فى بعض الأوقات ، وأحرّ فى بعضها ، وعلى قياس هذه الرواية ينبغى أن يكون للمستأجر حق الفسخ إذا سقط بعض البناء ، وبناه الآجر قبل الفسخ ، ويجوز أن يكون بينهما فرق ، فيتأمل عند الفتوى .

١٣٨٤٩-وقال محمد رحمه الله فى السفينة المستأجرة إذا نقضت وصارت ألواحًا ، ثم ركبت وأعيدت سفينة : لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر ، قال محمد رحمه الله : ولا يشبه هذا الدار ؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيد صارت سفينة أخرى ،

ألا ترى أن من غصب من آخر ألواحًا، وجعله سفينة ينقطع حق المالك، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر دارًا وقبضها، فانهدم بيت منها، يرفع عنه من الأجر بحصته، ولا يؤخذ واحد منهما ببناءه.

١٣٨٥٠-وإذا استأجر غلامًا ليخدمه فى المصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر، فهذا عذر له فى فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه فى المصر، إذ لا يمكنه أن يخرج بالعبد؛ لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر، وحبس نفسه فى مكان بعينه عقوبة، فيصير عذرًا له فى فسخ الإجارة.

وأما إذا استأجره ليخدمه مطلقًا، ولم يقيده بالمصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر، هل يكون له عذر فى فسخ الإجارة؟ فهذه المسألة تبنى على مسألة أخرى أن من استأجر عبدًا فى المصر للخدمة، هل له أن يسافر؟ إن لم يكن له أن يسافر به كان عذرًا له، وإن كان أن يسفر به لم يكن عذرًا، وقد مرت المسألة فى فصل الاستئجار للخدمة، فإن قال المؤاجر للقاضى: إنه لا يريد السفر، ولكنه يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أنا أريد السفر، فالقاضى يقول للمستأجر: مع من تخرج، فإن قال: مع فلا وفلان، فالقاضى يسألهم أن فلانًا هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا نعم، ثبت العذر، وما لا فلا، وهذ لأن الخروج لا بد له من الاستعداد، قال الله تعالى: ﴿وَلَو أَرَادُوا الخُرُوجَ لأَعَدّوا لَه عُدّةً﴾[1].

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضى يحكم بزيّه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله[2] مسافرا، وهذا لأن الزىّ والسيماء حجة يجب العمل بها عند اشتباه الحال على ما عرف فى موضعه.

وبعضهم قالوا: إذا أنكر الآجر السفر، فالقول قوله، وبعضهم قالوا: القاضى يحلف المستأجر بالله، أنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخى والقدورى، وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله، أنك قد خرجت قاصدا إلى الموضع الذى ذكرت،

(١) سورة التوبة: الآية ٤٦.

(٢) وفى الأصل وم: "يحمله".

ولو أراد رب العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذرًا له فى فسخ الإجارة ؛ لأنه يمكنه إيفاء المعقود من غير أن يحبس نفسه فى مكان معين بأن يخرج إلى السفر ، ويخلى بين المستأجر وبين العبد .

ونظير هذه المسألة إذا استأجر من آخر دارًا ليسكنها ، ثم عزم على السفر ، لا يكون ذلك عذرًا له فى فسخ الإجارة .

١٣٨٥١ -وإذا استأجر حانوتًا فى سوق ليعمل فيه عملا ، مثلا بزازى كند ، فلحقه دين ، أو أفلس وقام عن[1] السوق ، فهذا عذر فى فسخ الإجارة ؛ لأنه فات ما هو المقصود من هذه الإجارة ؛ لأن المقصود منها أن يتجر فى هذا الحانوت ، ولا يمكنه ذلك بعد الإفلاس ، وبعد ما لحقه الديون ؛ لأن الغرماء يأخذون المال منه ، ويمنعونه عن التصرف فيه ، ولو لم يكن شىء من ذلك ، ولكن أراد المستأجر أن يتحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص ، ويعمل ذلك العمل لم يكن ذلك عذرًا ؛ لأن ما هو المقصود من هذه الإجارة لم يفت ، واستيفاء ما وقع عليه العقد ممكن من غير أن يلحق المستأجر ضرر ، لكن يفوت نفع طمعه ، إلا أن تحصيل النفع ليس بواجب إنما الواجب دفع الضرر .

ولو أراد أن يقوم من هذا العمل ، ويعمل عملا آخر ، ذكر فى " الفتاوى الصغرى " : أن هذا عذر ، وفرّق بين هذا وبينما إذا استأجر غلامًا ليعمل له عمل الخياطة ، ثم بدأ ، له أن يأخى فى عمل آخر ، فإن ذلك ليس بعذر ؛ لأنه يمكنه أن يقعد الغلام فى ناحية الدكان يعمل له عمل الخياطة ، وهو فى ناحى أخرى يعمل عملا آخر ، بخلاف ما إذا كان هو يعمل بنفسه .

وذكر فى " فتاوى الأصل " : هذه المسألة على التفصيل ، فقال : إن تهيأ له العمل الثانى على ذلك الدكان ، ليس له النقض ، لأنه لم يتحقق العذر ، وإن لم يتهيأ فله النقض ؛ لأنه تحقق العذر ، وذكر فى " الجامع الصغير " مطلقًا : أنه ليس بعذر ، كما ذكر فى " الفتاوى الصغرى " ، ومسألة " الجامع الصغير " تأتى بعد هذا .

والمؤاجر إذا وجد زيادة على الأجرة لا يكون ذلك عذرًا له فى فسخ الإجارة ؛ لأنه يمكنه إيفاء المقصود عليه من غير ضرر يلزمه ، إنما يفوته نوع نفع طمعه غير أنه لا عبرة

(١) هكذا فى الأصل و م ، وكان فى ظ : " على " مكان " عن " .

لفوات المنفعة على ما مر.

١٣٨٥٢-وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": رجل ساكن في قرية استأجر أرضًا في قرية أخرى، ثم بدا له أن يترك هذه الأرض، ويزرع أرضًا أخرى في قرية أخرى، قال: إن كان بينهما مسيرة سفر، كان عذرًا له في فسخ الإجارة، وما لا فلا، وهذا لأن المسافة إذا كانت بعيدة يلحقه الضرر، وإن كنت قريبة لا يلحقه الضرر، وقدر البعيد بمسيرة السفر.

وإذا لحق الآجر دين فادح، لا وفاء له إلا من ثمن الدار المستأجرة، أو من ثمن العبد المستأجر، فهذا عذر في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه إيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه، وهو الحبس، فإنه يحبس فيصير ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحبسه القاضي إذا تعلق بماله حق المستأجر، بل يتأخر الحبس إلى أن تنقضي الإجارة.

قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاء له إلا من ثمن المستأجر، فيحبسه لهذا، وينبغي للآجر أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وليس للآجر أن يفسخ بنفسه، وقد مرّ هذا.

ثم إذا رفع الآجر الأمر إلى القاضي، إن طلب من القاضي أن ينقض الإجارة، فالقاضي لا ينقضها؛ لأنه لا حق للآجر في نقض الإجارة، إنما حقه في البيع قضاء لدينه، وتخليصا لرقبته، فلو نقض القاضي الإجارة بطلبه ربما لا يتفق البيع بعد ذلك، أو يكون احتيالا، فصير النقض مقصودًا، ويبطل حق المستأجر، وأنه لا يجوز، وإن طلب من القاضي أن يبيع المستأجر بنفسه، أو أمر الآجر أو غيره بالبيع أجابه القاضي إلى ذلك.

وهذا الجواب إنما يتأتى على ظاهر الرؤية؛ لأنه على ظاهر الرواية حق المستأجر لا يمنع البيع، ولكن يمنع التسليم، وللمشتري الخيار بين أن يتربص إلى أن تمضي مدة الإجارة، وبين أن يرفع الأمر إلى القاضي، ويطلب التسليم أو الفسخ، فإذا رفع الأمر إلى القاضي، وأثبت البائع الدين بالبينة، فالقاضي يمضي البيع، ويتضمن ذلك نقض الإجارة، فيأخذ الثمن من المشتري، ويسلمه إلى الغريم.

قال: وإن أبى أن يمضي القاضي البيع، فالأجرة واجبة على المستأجر؛ لأن

المستأجر فى يده، وهو متمكن من الانتفاع به، فيجب عليه الأجر، وكان الأجر للآجر؛ لأنه بدل ملكه، ويكون طيبًا له؛ لأنه وجب بحكم عقد صحيح، وكذلك لو أن الآجر باع الدار بنفسه قبل أن يتقدموا إلى القاضى، ثم تقدموا إلى القاضى، فعلى المستأجر أجر الدار حتى ينقض القاضى الإجارة بإمضاء البيع وتنفيذه؛ لما ذكرنا من المعنى، هذا إذا كان الدين على الآجر ظاهرًا معلومًا للقاضى، وأما إذا لم يكن ظاهرًا معروفًا، وإنما عرف بإقرار الآجر، وصدّقه المقر له فى إقرره، وكذّبه المستأجر، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: بيعت الأرض، ونقضت الإجارة، وعلى قولهما: لا تباع الأرض، ولا تنقض الإجارة، فهما لا يقولان: بصحة إقراره فى حق المستأجر؛ لأنه تضمن إضرارًا بالمستأجر بإبطال حقه عن عين المستأجر؛ لأن حقه تعلق بعين المستأجر، ولهذا لا يصح إقرار الآجر بعين المستأجر لغيره، فيكون إقرارًا على المستأجر، وإقرار الإنسان على غيره لا يصح.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بصحة إقراره؛ لأنه تصرف فى ذمته؛ لأن محل الدين الذمة، ولا حق لأحد بقى فى ذمته، فكان إقرارًا على نفسه، فيصح الإقرار، وثبت الدين مطلقًا، وما يقول: بأن فيه ضرر المستأجر، قلنا: لا ضرر للمستأجر فى نفس الإقرار، وإنما ضرره فى البيع والاستيفاء، وأنه فعل اختيارى، لا يضاف إلى الإقرار، فلا يصير به مقرًا على الغير، كإقرار العبد على نفسه بالقصاص.

ثم عند أبى حنيفة رحمه الله: إذا ثبت الدين مطلقًا بإقرار الآجر، صار الآجر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع، فيجب عليه البيع، كما فى المسألة الأولى، ويحبس إذا امتنع عنه، وعندهما لما لم يثبت الدين بإقراره فى حق المستأجر لم يصر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع، فلا يجب عليه البيع، ولا يحبس إذا امتنع عنه، ولكن المقر له يلازم الآجر، ويدور معه حيث دار، فإذا نقضت مدة الإجارة الآن يحبسه؛ لأنه صار قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع إذا آجر داره، ثم أراد أن ينقض الإجارة ويبيع الدار؛ لأنه لا نفقة له ولعياله، فله ذلك، هكذا ذكر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله"؛ لأن هذا أشد من الحاجة إلى قضاء الدين، وذلك عذر، فهذا أولى.

١٣٨٥٣-وفى "الأصل": إذا انهدم منزل الآجر، ولم يكن له منزل آخر، فأراد أن

يسكن هذا المنزل، لم يكن له ذلك، وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا تكارى إبلا من الكوفة إلى بغداد، ثم بدا له أن يتكرى بغلا، فهذا ليس بعذر بل هذا تمنى، أما لو اشترى بعيرًا أو دابة فهو عذر؛ لأنه استغنى عن الإجارة، فصار كما لو ترك السفر.

١٣٨٥٤-وفى "الأصل": إذا استأجر من آخر منزلا، ثم إن المستأجر اشترى منزلا، وأراد أن يتحول إليه، ويفسخ الإجارة، فليس له ذلك، وهذا ليس بعذر؛ لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق نفسه، فإنه يؤاجر منزله الذى اشترى، ويصرف كراه إلى الذى استأجر، فلما أمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحقه وماله لم يصلح عذرًا فى فسخ الإجارة، فعلى قياس ما ذكر فى الأصل: ينبغى أن يقال فى مسألة الفتاوى: أنه إذا اشترى بعيرًا أو دابة أنه لا يكون عذرًا.

١٣٨٥٥-قال فى "الجامع الصغير": الخيّاط إذا استأجر غلامًا ليخيط معه، فأفلس الخيّاط، وقام عن السوق، فهذا عذر؛ لأن تجارته تنقطع بالإفلاس، فتبقى التجارة غرامة عليه، فثبت له حق الفسخ دفع للغرامة عن نفسه.

فإن قيل: الخياط يتوصل إلى الخياطة بمال قليل، فكيف يتحقق إفلاسه؟

قلنا: الخيّاط إنما لا يتصل إلى الخياطة بمال قليل إذا كان يعمل لغيره، أما إذا كان يعمل لنفسه، لا يتوصل إليها إلا بمال كثير، وكان محمد رحمه الله قال هذا فى خيّاط يعمل لنفسه، أما الخيّط الذى يعمل لغيره فلا يتحقق إفلاسه، بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو تلحقه ديون كثيرة، ويصير بحال إن[1] الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم، وأما إذا أراد أن يترك الخايطة، ويعمل فى الصرف، وهذا ليس بعذر تفسخ فيه الإجارة، وقال فى كتاب الإجارات: إذا استأجر من آخر حانوتًا ليبيع فيه الطعام، ثم بدا له أن يقعد فى سوق الصيارفة، فهذا عذر.

والفرق أن فى مسألة كتاب الإجارات لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه فى هذا السوق المعيّن، إذ لا يمكن الجمع بين تجارتين فى سوق واحد، وحبس نفسه فى مكان معين عقوبة وعذاب، فجعل ذلك عذرًا دفعًا للعقوبة عن نفسه، أما فى مسألة "الجامع الصغير": يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه فى هذا السوق

(١) وفى الأصل: "لأن".

المعين، بأن يقعد بنفسه فى سوق الصيارفة، ويستعمل الغلام فى عمل الخياطة فى ذلك السوق، فلم يجعل فى ذلك عذراً.

١٣٨٥٦-وإذا استأجر إنساناً ليقصر ثياباً له، أو ليخيط وليقطع قميصاً له، أو ليبنى له بناء، أو ليزرع أرضاً له ببذره، ثم بدا له أن لا يفعل، كان ذلك عذراً له؛ لأنه لايمكنه المضى على الإجارة إلا باستهلاك المال فى بعض الصور، وهو الزراعة والقطع والبناء، أما الزراعة والقطع فظاهر، وأما البناء فلأن فيه إتلاف المالية، وكذلك إذا استأجر لحفر البئر؛ لأن فى الحفر إتلاف جزء من الأرض، وكذلك إذا استأجر للحجامة والفصد؛ لأن فى الحجامة إيلام وإتلاف جزء من البدن، ولو امتنع الأجير عن العمل فى هذه الصورة، يجبر عليه، ولا تفسخ الإجارة؛ لأنه يمكنه المضى على الإجارة من غير ضرر يلزمه.

١٣٨٥٧-وإذا استأجر أرضاً ليزرع، فغرقت الأرض، أو نزت، كان ذلك عذراً له فى فسخ الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات قبل التسليم، وأنه ثبت للعاقد حق الفسخ، كما فى بيع العبد إذا أبق العبد قبل القبض، فإنه يكون للمشترى حق الفسخ، وطريقه ما قلنا، فإن مرض المستأجر، وعجز عن الزراعة، فإن كان ممن يعمل بنفسه، فهذا عذر؛ لأنه عجز عن الانتفاع بالأرض لمرضه إذا كان يعمل بنفسه فهو بمنزله ما لو عجز عن الانتفاع بالأرض بأن غرقت أو نزت، وذلك عذر فهذا كذلك، وإن كان إنما يعمل بإجراءه، فهذا ليس بعذر؛ لأن مرضه لايمنع أجزاءه عن العمل فى الأرض.

١٣٨٥٨-وإذا أبق العبد المستأجر، فللمستأجر أن يفسخ الإجارة، وهو عذر؛ لأن المعقود عليه فت قبل التسليم، فهو بمنزلة الأرض إذا غرقت أو نزت.

١٣٨٥٩-وإذا وجد العبد المستأجر للخدمة سارقاً، فهذا عذر؛ لأن هذا بمنزلة العيب فى المعقود عليه؛ لأن السرقة توجب نقصاناً فى الخدمة؛ لأنه متى كان سارقاً، لايأتمنه المستأجر على ماله، إذا خلى بينه وبين أعمال الخدمة فى الدار خوفاً من سرقته على ماله، ويتعسر عليه ملازمته فى كل ساعة وأوان، فهو معنى قولنا هذا عيب فى المعقود عليه، فيثبت للعاقد الخيار، كما إذ وجد العبد المشترى سارقاً، وإن كان العبد غير حاذق للعمل الذى استأجره عليه، فهذا لا يكون عذراً للمستأجر فى فسخ الإجارة؛ لأنه

لا عيب فى المعقود ولا نقصان، إنما فات صفة الحذاقة، وأنها بمنزلة صفة الجودة، فلا تصير مستحقة بمطلق العقد، بل يراعى فى استحقاقها الشرط، ألا ترى أن من اشترى حنطة، ولم يشترط جودتها، فوجدها وسطًا، لايكون له حق الفسخ، كذا ههنا، وإن كان عمله فاسدًا كان له الخيار؛ لأن هذا عيب فى المعقود عليه، فهو بمنزلة ما لو وجد به الحنطة عفنة.

١٣٨٦٠-وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينه لحمل المتاع، فماتت انفسخت الإجارة، بخلاف ما إذ وقعت على دواب لا بعينها، وسلّم الآجر إليه دوابًا، فماتت لا ينفسخ العقد، وعلى الآجر أن يأتى بغير ذلك.

والفرق أن عند تعين الدواب المعقود عليه منافع الدواب المعينة، فإذا هلكت فقد هلك المعقود عليه، فيبطل أما عند انعدام التعين المعقود عليه، فعل الحمل فى ذمة الآجر، والإبل آلة الحمل، وكما أن التى عيّنها الآجر بعد العقد آلة الحمل، فغيرها آلة الحمل، فلا معنى لانفساخ العقد، فإن وقعت الإجارة على دواب بعينها، ومرضت فللمستأجر حق الفسخ؛ لأن منفعة الحمل ينتقص بالمرض، فكان ذلك عيبًا فى المعقود عليه، وعن أبى يوسف رحمه الله أن للمؤاجر حق الفسخ أيضًا؛ لأن الركوب والحمل مع المرض يوجب زيادة ضرر فى ملكه، وذلك غير مستحق بالعقد، وإن مرض الآجر فى هذه الصورة ذكر القدورى فى شرحه: أن له حق الفسخ، وهذا خلاف رواية "الأصل"، فعلى ما ذكره القدورى يحتاج إلى الفرق بينهما إذا مرض المؤاجر وبينهما إذا أراد أن يعقد، ولا يخرج، فإن ذلك لايكون عذرًا له فى فسخ الإجارة.

والفرق أنه إذا مرض، فقد عجز عن الخروج وغيره لا يقوم مقامه فى الخروج إلا بمؤنة وضرر يلحقه، فيكون ذلك عذرًا له، أما إذا أراد أن يعقد ولا يخرج فما عجز عن الخروج، بل هو قادر عليه، وإنما تركه باختياره، فكان عليه أن يقيم غيره مقامه.

وعن أبى يوسف رحمه الله: فى امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف طواف الزيارة، وأبى الحمال أن يقيم معها مدة النفاس، فهذا عذر للحمال فى فسخ الإجارة، ولو ولدت قبل يوم النحر، فجاء يوم النحر، وقد بقى من مدة نفاسها مدة الحيض عشرة، أو أقل، أجبر الحمال على المقام معها، وهذا لأنه لا يمكن جبرها على الخروج وترك

طواف الزيارة فى الفصلين جميعًا، ولا يمكن جبر الحمّال على المقام فى الفصل الأول؛ لأنه ما جرت العادة بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل مدة النفاس، فيتضرر الحمال بذلك، فيفسخ العقد دفعا للضضر عنهما، أما فى الفصل الثانى جبر الحمال على المقام ممكن؛ لأن العادة جرت بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل هذه المدة، فلا يتضرر الحمال بذلك.

١٣٨٦١-وإذا اشترى شيئًا وآجره من غيره، ثم اطلع على عيب به، فله رده بالعيب، وتفسخ الإجارة؛ لأنا لو بقينا عقد الإجارة يتضرر الآجر من حيث إن يلزمه المبيع معيبًا.

١٣٨٦٢-وإذا آجر الرجل نفسه فى عمل من الأعمال، ثم بدا له أن يترك ذلك العمل، وينتقل إلى غيره بأن كان حجامًا آجر نفسه للحجامة، ثم قال أنفت من هذا العمل، وأريد أن أتركه ليس له ذلك؛ لأنه التزام العمل وصحّ الالتزام ولا عار فيه وقت الالتزام؛ لأنه من أهله إنما أراد أن يترفع[1] الآن، فيقال له: أوف ما التزمت ثم ترفع، وإذ كان ذلك العمل ليس من عمله، وهو مما يعاب بذلك، فله أن يمتنع عن العمل، وأن يفسخ الإجارة؛ لأنه إذا لم يكن ذلك العمل من عمله يلحقه العار فى المضى عليه، فيصير ذلك عذرًا له فى فسخ الإجارة.

١٣٨٦٣-وكذلك المرأة إذا آجرت نفسها ظئرًا وهى ممن تعاب بذلك، فلأهلها أن يخرجوها، وكذا إن أبت هى لم تجبر عليه لما ذكرنا.

وعن محمد رحمه الله: فيمن استأجر أرضًا ليزرع شيئًا سمّاه فزرعها، وأصاب الزرع آفة، وقد ذهب وقت زراعة ذلك النوع، فإن أراد أن يزرع ما هو أقل ضررًا من الأول، أو مثله، فله ذلك، وإلا فسخت الإجارة، وألزمته ما مضى من الأجر، وهذا لأن فى إبقاء العقد مع فوات المقصود إضرار بالمستأجر، ولا ضرر للآجر فى زراعة ما هو دون الأول أو مثله.

١٣٨٦٤-وإذا انتقص الماء عن الرحى، فإن كان النقصان فاحشًا فللمستأجر حق الفسخ، وإن كان غير فاحش، فليس له حق الفسخ؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن

(١) وكان فى الأصل: "يرتفع".

نقصان غير فاحش غالبًا، وهذا لأن الماء لا يجرى على سنن واحد دائمًا، بل ينتقص مرةً، ويزداد أخرى غير أن النقصان الفاحش فى مدة قليلة ليس بغالب، غير الفاحش غالب، فإذا أقدم على استئجار الرحى مع عمله مما قلنا، يصير راضيًا بالغير الفاحش، ولا يصير راضيًا بالفاحش، فلا يثبت حق الفسخ فى غير الفاحش لمكان الرضا، ويثبت فى الفاحش لعدم الرضا.

قال القدورى فى شرحه: إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو نقصان فاحش.

وفى "واقعات الناطفى": إذا قل الماء ويدور الرحى، ويطحن على نصف ما كان يطحن، فللمستأجر رده أيضًا، ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضا منه، وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك، وهذه الرواية تخالف رواية القدورى، هذا إذا انتقص الماء عن الرحى، وإذا انقطع الماء عن الرحى فى بعض المدة، نحو أن يستأجر رحى كل شهر بأجر مسمّى، فانقطع الماء عنها فى بعض الشهر، فلم يعمل فللمستأجر الخيار، هكذا ذكر فى الأصل، وهذ نص على أن الإجارة لا تنفسخ بانقطاع الماء عن الرحى؛ لأن المعقود عليه وهو منفعة الطحن وإن فاتت قبل القبض إلا أن العود موهوم، ومثله لا يوجب انفساخ العقد، بل يثبت الخيار للعاقد، كالعبد المستأجر إذا أبق فى مدة الإجارة، فإن لم يفسخ حتى عاد الماء لزمته الإجارة فيما بقى من الشهر؛ لزوال الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب بذلك، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الأصل.

واختلف المشايخ رحمه الله فى تفسير قوله: بحساب ذلك، بعضهم قالوا: معناه بحساب ما انقطع من الماء فى الشهر، حتى إذ انقطع الماءة عشرة أيام، يسقط بحصة عشرة أيام من الشهر، وذلك ثلث المسمّى، فيسقط عنه ثلث المسمّى، وهذا لأن المعقود عليه فى إجارة الرحى منفعة الطحن لا عين الرحى؛ لأن الرحى مستأجر للطحن لا غير، فيجعل[1] المعقود عليه منفعة الطحن، وقد فاتت منفعة الطحن فى مدة عشرة أيام، فيسقط الأجر بقدره، كما لو استأجر عبدًا للخدمة شهرًا، فأبق العبد عشرة أيام، فإنه يسقط الأجر بقدره، وذلك ثلث المسمّى، فكذا هذا.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "فيحمل".

١٣٨٦٥ -وقال بعضهم : أراد بقوله : بحساب ذلك، أى بحصة ما انقطع عن الماء، وبيان ذلك أن ينظر إلى بيت رحى عشرة أيام، وهو يطحن بكم يستأجر، وهو لايطحن بكم يستأجر، فإن كان يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة، ولا يطحن يستأجر بخمسة يسقط خمسة دراهم، وهو حصة ما انقطع من الماء، ولا يسقط ثلث المسمّى، كما قاله الأولون، وذلك لأن منفعة الطحن إن فاتت بقيت منفعة السكنى وربط الدواب، فإن للمستأجر أن يسكن فيها، ويربط فيها دوابه، كما له أن يطحن، فممنفعة الرحى إن فاتت بقيت منفعة السكنى، وربط الدواب، فيسقط الأجر بقدر ما فات، ويبقى بقدر ما بقى.

قال شيخ الإسلام رحمه الله : وما قاله الأولون أصح؛ لأن ظاهر الرواية يشهد لهذا، فإنه قال فى "الأصل" : الماء إذا انقطع الشهر كله، ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر، فلا أجر عليه فى ذلك، فقد نفى الأجر عنه أصلا، ولو كانت منفعة السكنى معقودًا عليه مع منفعة الطحن، لأوجب بقدر ما يخص منفعة السكنى، وهذا لأن الرحى لا تستأجر لمنفعة السكنى، وإنما تستأجر لمنفعة الطحن، فيجعل منفعة الطحن هو المعقود عليه مقصودًا، وغيره يدخل تبعًا، والبدل لا يقابل الاتباع، فيكون الأجر كله بإزاء منفعة الطحن.

١٣٨٦٦ -وذكر القدورى فى شرحه : أن من استأجر رحى ماء سنة، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحى حتى مضت السنة، فعليه الأجر لستة أشهر، ولا شىء عليه لما بقى، وإن كانت البيت ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه بقى شىء من المعقود عليه، فيبقى الأجر بحصته، وهذا يدلك على أن ما سوى منفعة الطحن داخل فى هذا العقد أصلا لا تبعًا، فيكون دليلا على ما قاله الآخرون.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : رجل استأجر رحى ماء بأداتها وبيتها، والماء جارى، ثم انقطع الماء عنها، فهذا عذر وقد مر هذا، قال : ولو استأجرها والماء منقطع عنها، وقال : أنا أصرف ماء نهرى إليها، وكان ذلك بلا حفر ولا مؤنة، لزمه الأجر، صرف الماء إليه، أو لم يصرف، وإن كان ينبغى لذلك حفر نهر من نهره إلى نهر الرحى ومؤنة، فقال : بدا لى فى حفرها كان له أن يترك الإجارة، فإن حفر وأجرى الماء، ثم بدا له أن يصرف الماء إلى زرعه، ويترك الإجارة لم يكن له ذلك، ويلزمه الأجر، فإن

جاء من ذلك أمر فيه ضرر عظيم يذهب فيه زرعه، ويضر بماله أضراراً عظيماً إن قطع الماء عنه جعلت هذا عذراً له أن يترك الإجارة.

١٣٨٦٧-وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا استأجر أرضاً وانقطع عنها شربها، وقد بقى من الإجارة شىء، قال: إن كانت مما تصلح أن يزرع عرفاً، فلم يخاصم فى الإجارة، ولم ينقصها حتى مضت المدة، لزمه الأجر تامّاً، وإن خاصم فيها كان له أن يردها، ويعطيه من الأجر بحسابه، وإن كانت مما لا يزرع عرفاً لم يلزمه أجر ما بقى من السنة، وإن لم يخاصم فى ردها.

١٣٨٦٨-وكذلك رجل استأجر عبداً من رجل كل شهر بدرهم مثلا، فمرض العبد، ولم يقدر على مثل ما كان يعمل إلا أنه قد يعمل عملا دون العمل الذى كان يعمله فى الصحة، فله أن ينقض الإجارة، وإن لم ينقضها حتى مضى الشهر، لزمه الأجر، وإن مرض مرضاً لا يقدر على شىء من العمل، فلا أجر عليه.

وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلا ليحفر له بئراً، فلقى جبلا، قال له الآجر: بحساب ما حفر، فإن كانت بلدة يكون فيها ذلك، فبلغ إلى ما هو أصلب مما رأى، فإن كان يعلم أن ذلك سيلقاه كان عليه أن يحفره، وإن قال: لم أعلم حلف بالله لم يعلم، وكان له من الأجر بحساب ما حفر، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا الجواب خلاف جواب الأصل، وقد مرّ جنس هذه المسألة قبل هذا.

وعنه أيضاً: فى رجل استأجر رجلا ليحفر له بئراً فى موضع أراه إياه قدر استدارتها، وشرط عليه أن يحفره عشرة أذرع، كل ذراع بكذا، فحفر منها أذرعاً، ثم مات فإنه يقوم ما حفر، ويقوم ما بقى، ثم يقسم الأجر القيمتين، فيعطى حصة ما حفر، علل، فقال: لأن كل ذراع منها شائع فى أسفلها وأعلاها، ومعنى هذا أنه ينظر إلى قيمة ذراع من الأعلى، وإلى قيمة ذراع من الأسفل؛ لأن فى الأعلى الحفر يكون أرخص، وفى الأسفل يكون أغلى، فلا بد من الجمع بين القيمتين ليتحقق معنى العدل، ثم إذا ظهر قيمة الأعلى وقيمة الأسفل، يجعل كل ذراع منهما، فيكون كل ذراع من الذراعين، ويكون حصة من القيمتين.

١٣٨٦٩-وإذا تكارى دابّة، فوجدها لا تبصر بالليل، أو وجدها جموحاً، أو

عضوضًا، فله أن يردها؛ لأنه وجد المعقود عليه معيب، فكان له الرد، كما فى بيع العين، فإن ردها فليس له أن يطالب المكارى بدابّة أخرى، إن وقعت الإجارة على هذه الدابة بعينها؛ لأن الإجارة انفسخت بردها، وإن وقعت الإجارة على دابة لا بعينها، فله أن يطالبه بدابّة أخرى.

١٣٨٧٠-وفى مزارعة "العيون": إذا استأجر من آخر أرضًا وزرعها، فلم يجد ماء ليسقيها، فيبس الزرع، قال: إن كان استأجرها بغير شرب، ولم ينقطع ماء النهر الذى يرحى منه السقى، فعليه الأجر، وإن انقطع كان له الخيار، وإن كان استأجرها بشربها، فانقطع الشرب عنها، فمن يوم فسد الزرع من انقطاع الشرب، فالأجر عنه ساقط، كما لو انقطع الماء عن الرحى المستأجرة.

وفى مواضع أخر: إذا استأجر أرضًا وماء ليزرعها، فخرب النهر الأعظم، فلم يستطع سقيها، فهو بالخيار، إن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن لم يرد حتى مضت المدة، فعليه الأجر إن كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة ليزرع فيها شيئًا، أما إذا كان بحال لا يمكنه أن يزرع فيها شيئًا بغير ماء بوجه من الوجوه، ولا حيلة له فى ذلك، فلا أجر عليه.

وفى "فتاوى الفضلى": استأجر أرضًا، فانقطع الماء، إن كانت الأرض تسقى بماء الأرض، أو كانت تسقى بماء المطر، لكن انقطع المطر أيضًا، فلا أجر عليه؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها.

١٣٨٧١-وفى "الواقعات": لو استأجر أرضًا، فغرقت الأرض قبل أن يزرعها، فلا أجر عليه، كما لو غصبها من المستأجر رجل وزرعها، ولو زرعها المستأجر، فأصاب الزرع آفة فهلك، أو غرق، ولم ينبت فعليه الأجر كاملا؛ لأنه قد زرع، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله[1].

١٣٨٧٢-رجل استأجر أرضًا، فزرعها وقل ماءها، فانقطع فله أن يخاصم الآجر حتى يفسخ القاضى العقد بينهما، وبعد ما فسخ القاضى العقد يترك الأرض فى يد المستأجر بأجر المثل حتى يدرك زرعه، فإن سقى زرعه، لا يكون له حق الفسخ بعد

---

(١) وفى م "قد زرع وأما ابن رستم عن محمد رحمه الله وروى هشام عن محمد رحمه الله . . . إلخ".

ذلك، وكان ذلك منه رضا، والفتوى في مسألة هلاك الزرع أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله، أو دونه في الضرر بالأرض، وإذا اختل الزرع بأن قلّ ماءه، وانقطع، فالجواب فيه على نحو ما ذكره هشام رحمه الله، وعليه الأجر إذا لم يرفعه إلى الحاكم، وإن لم يسق.

١٣٨٧٣-وفي مزارعة "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": رجل استأجر أرض من أراضي الجبل، فزرعها، فلم تمطر عليه، ولم ينبت حتى مضت السنة، ثم مطر ونبت، فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا نقصانها، وأحاله إلى "نوادر ابن سماعة"، أما لا كراء عليه فلتقرر العذر في كل المدة، وأما عدم النقصان: فلأن الزراعة حصلت بإذن المالك.

قوله: لا كراء عليه معناه أنه لا كراء عليه قبل النبات، فأما بعد ما نبت يجب أن يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كما لو انقضت المدة، وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد، فإن هناك يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كذا ههنا.

١٣٨٧٤-في "فتاوى أبي الليث رحمه الله": رجل استأجر طاحونتين بالماء في موضع يكون الحفر على المؤاجر عادة، فاحتاج النهر إلى الكرى، وصار بحال لايعمل إلا بإحدى الرحايين، فإن كان بحل لو صرف الماء إليهما جميعًا عمل عمل ناقصًا، فله الخيار لاختلال ما هو المقصود بالعقد، وعليه أجرهما إن لم تفسخ لتمكنه من الانتفاع بهما، وإن كان بحال لو صرف الماء إليهما لم يعملا، فعليه أجر إحداهما إن لم يفسخ لم يتمكن من الانتفاع بالثانية، فإن تفاوت أحدهما، فعليه أجر أكثرهما إذا كان كل الماء يكفيهما؛ لأن الشك وقع في سقوط الزيادة، وإن كان كذلك في موضع يكون الحفر على المستأجر، فعليه الأجر كملا؛ لأنه هو المعطل لما لم يحفر مع أن الحفر عليه.

١٣٨٧٥-ولو استأجر خيمة، وانكسر أوتادها، فالأجر واجب، وليس للمستأجر حق الفسخ لأجله، ولو انقطع الأطناب، فلا أجر؛ لأن الأطناب على الآجر والأوتاد على المستأجر، وإذا قلع الآجر شجر من أشجار الضياع المستأجرة، فللمستأجر حق الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة.

وإذا استأجر الرجل رجلا ليذهب بحمولته إلى موضع كذا، فلما ذهب نصف

الطريق بدا للمستأجر أن لا يذهب إلى ذلك الموضع ، ويترك الإجارة ، وطلب من الآجر نصف الأجر ، قال : إن كان النصف الباقي من الطريق مثل الأول في الصعوبة والسهولة فله ذلك ، وإلا يسترد بقدره - والله أعلم بالصوب - .

الفصل التاسع عشر
فيما يكون فسخًا وفى الأحكام المتعلقة بالفسخ وما لا يكون فسخًا

١٣٨٧٦-كل من وقع له لا عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع له العقد لاينفسخ العقد بموته، وإن كان عاقدًا يريد به الوكيل، والأب والوصى، وهذا لأن موت من وقع له العقد إنما يوجب انفساخ العقد؛ لأن بتداء العقد انعقد موجبًا للاستحقاق عليه، فإذا مات وثبت الملك للورثة[1] متى بقينا العقد يكون الاستحقاق واقعًا على الوارث، فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداء، فأما إذا لم يقع له العقد لو بقينا العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد؛ لأن المستحق عليه قائم، فكذا امستحق، وكذلك المتولى فى الوقف إذا عقد، ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له، فموته لا يغيّر حكمه.

١٣٨٧٧-وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" فى آخر شرح كتاب التحرى: أن من آجر ملك الغير، ومات الآجر قبل إجازة المالك أنه تنفسخ الإجارة، كما فى بيع العين، وإن وقعت الإجارة على شيء بعينه فهلك ذلك الشيء بطلت الإجارة بهلاكه؛ لأن المعقود عليه قد هلك، وهلاك المعقود عليه يوجب بطلان العقد.

وإن وقعت الإجارة على دابّة بغير عينها، بأن استأجر رجلا حتى يحمل هذا المتاع على إبل فهو جائز؛ لأن المعقود عليه الحمل، وأنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وتعين آلة الحمل ليس بشرط، ثم إذا جاز هذا العقد وجاء الآجر بإبل، ودفعه إلى المستأجر، فمات فى يده، فعلى الآجر أن يأتى بغير ذلك ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ الإجارة بموت ما سلم؛ لأن المعقود عليه ههنا إذا لم يعين الدابة فعل الحمل، وفعل الحمل كان واجبًا عليه فى الذمة، والإبل آلة إيفاء ذلك، فإذا هلك بقى الإيفاء مستحقًا عليه فى ذمته، كما فى الابتداء، فأما إذا عيّن الإبل، فالمعقود عليه منفعة دابة بعينها، فإذا هلكت بطل العقد ضرورة.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "للوارث".

١٣٨٧٨-وإذا قال الآجر للمستأجر : بع المستأجر ، فقال : هلا لا تنفسخ الإجارة ما لم يبع ؛ لأن قوله : بع ليس بصريح فى الفسخ ، بل هو توكيل بالبيع ، والفسخ من ضرورات البيع ، فما لم يبع لا يثبت ما هو من ضروراته ، وحكى عن بعض المشايخ : أن الآجر إذا قال للمستأجر : بع المستأجر من فلان ، فباعه من غيره جاز ، ولو كان مكان الإجارة رهنًا، فقال الراهن للمرتهن : بع الرهن من فلان ، فباع من غيره لا يجوز ، والفرق أن ثمن الرهن رهن ، والناس متفاوتون فى اليسار والعسار ، ولا كذلك ثمن المستأجر .

وفى الإجارة الطويلة إذا قال المستأجر للآجر : مال إجارة يده ، فقال : هلا يدهم ، ينفسخ العقد ، إليه أشار محمد رحمه الله فى الباب الرابع من "الزيادات" ، وعلى هذا قالوا : إذا قال المستأجر للآجر فى الإجارة الطويلة مال إجارة يده ، قال : رواباشد تنفسخ الإجارة ، وفى الإجارة الطويلة إذا أخذ مال الإجارة من غير سابقة الطلب إن أخذ الكل تنفسخ الإجارة ، وإن أخذ البعض دون البعض ، قال مشايخنا رحمهم الله : إن أخذ الأكثر ينفسخ العقد ، وإن أخذ الأقل لا ينفسخ ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله ، وقال بعضهم : لا ينفسخ العقد بأخذ البعض من غير تفصيل ، وقال بعضهم : ينفسخ العقد بقدر ما أخذ ، وقال بعضهم : إن أخذ البعض بطريق الفسخ بدلالة تدل على الفسخ ينفسخ العقد فى الكل ، وإن كان المأخوذ أقل ، وإن كان أخذه من دلالة تدل على الفسخ لا ينفسخ ما لم يأخذ الكل ، وبه كان يفتى الصدر الإمام ظهير الدين المرغينانى .

وإذا بعث المستأجر إلى الآجر سيم نقد شده است تا بيائى وبگيرى ، فلما جاء المستأجر ، قال الآجر ، قد أنفقت الدراهم على نفسى لا تنفسخ الإجارة .

١٣٨٧٩-وإذا قال المستأجر للآجر عند الفسخ : فسخت الإجارة فى المحدود الذى استأجرته منك صح الفسخ ، وإن لم يذكر حدود المستأجر ولا أضاف المستأجر إلى القبالة ، وكذلك إذا قال الآجر للمستأجر : فسخت الإجارة فى المحدود الذى آجرته منك صحّ الفسخ .

وفى "فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله" : رجل استأجر من رجلين دارًا مشتركًا بينهما ، ثم دفع المفتاح إلى أحدهما ، وقيل : انفسخت الإجارة فى حصته ؛

لأن دفع المستأجر المفتاح وقبول الآجر ذلك إلى دلالة الفسخ، والإجارة كما تنفسخ بصريح الفسخ تنفسخ بدلالة الفسخ، ألا ترى أن المستأجر والآجر لو كانا واحدًا، ودفع المستأجر المفتاح إلى الآجر، وقبل الآجر ذلك تنفسخ الإجارة بينهما، وطريقه ما قلنا.

١٣٨٨٠-وإذا باع الآجر المستأجر بغير إذن المستأجر، نفذ البيع فى حق البائع والمشترى، ولاينفذ فى حق المستأجر، حتى لو سقط حق المستأجر يعمل ذلك البيع، ولا يحتاج إلى تجديده، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى الباب الأول من رهن الجامع فى هذا الفصل روايتين، قال: والصحيح أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع، وإن أجاز المستأجر البيع، نفذ البيع فى حق الكل، ولكن لا تنزع العين من يد المستأجر إلى أن يصل إليه ماله، وإن رضى بالبيع، واعتبر[1] رضاه بالبيع لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده.

وعن بعض مشايخنا: أن الآجر إذا باع المستأجر بغير رضا المستأجر، وسلم ثم أجاز المستأجر البيع والتسليم، بطل حقه فى الحبس، ولو أجاز البيع دون التسليم لا يبطل حقه فى الحبس، وإذا باع الآجر المستأجَر بغير رضى المستأجر، وأراد المستأجر فسخه، فقد ذكرنا فى كتاب البيوع أنه ليس له ذلك، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله فى "الفتاوى الصغرى": أنه له ذلك فى ظاهر الرواية، وفى رواية الطحاوى ليس له ذلك، وأحاله إلى رهن الجامع لشمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، وكان الإمام الإسبيجابى رحمه يقول: ليس للمستأجر حق الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وهكذا ذكر نجم الدين النسفى رحمه الله فى "شرح الشافى"، والسيد الإمام أبو شجاع فى رهن "الجامع".

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" فى "شرح الجامع": أن فى المسألة روايتين، فى رواية ليس له ذلك، وأنه استحسان، وعليه الفتوى، وقد ذكرنا هذه المسألة فى الفصل السابع.

وإذا باع الآجر المستأجر برضى المستأجر حتى انفسخ الإجارة، أو تفاسخا العقد، وانتهت المدة والزرع بقل، وقد صار بحال يجوز بيعه بلا خلاف، أو كان بحال فى جواز

---

(١) وفى الأصل "واعتبر رضاه فالبيع يفسخ الإجارة للانتزاع من يده" وفى م "واعتبر رضاه بالبيع يفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده".

بيعه اختلاف المشايخ رحمهم الله، فهو للمستأجر، فلو أبرأ المستأجر الآجر عن جميع الخصومات والدعاوى، ثم أدرك الزرع، ورفع الآجر الغلة، فجاء المستأجر، وادعى الغلة لنفسه، وخاصم الآجر فيها، هل تصح دعواه، وهل تسمع خصومته، فقد قيل: ينبغي أن تسمع لأن الغلة إنما حدثت بعد الإبراء، فلا تدخل تحت الإبراء، ولو كان الآجر قد رفع الغلة، ثم إن المستأجر أبرأه عن الخصومات والدعاوى، ثم ادعى الغلة بعد ذلك، لا تسمع دعواه؛ لأن الغلة كانت موجودة وقت الإبراء، فدخلت تحت الإبراء أكثر ما في الباب أن الغلة عين إلا أن الإبراء عن الأعيان إنما لا يصح دعوى المشترى العين بعد ذلك، وسيأتي بيان ذلك في موضعه -إن شاء الله تعالى وحده-.

الفصل العشرون
في إجارة الثياب والأمتعة والحلي والفسطاط وما أشبها

١٣٨٨١-إذا استأجر الرجل ثوبًا ليلبسه إلى الليل بأجر معلوم، فهو جائز، وكذلك إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فهو جائز، ولو لم يبين من يلبس، أو من يركب لا يجوز، وفرّق بين هذا، وبينما إذا استأجر عبدًا للخدمة، ولم يبين من يخدمه، أو استأجر دارًا للسكنى، ولم يبين من يسكن حيث يجوز.

والفرق وهو أن الناس ما يتفاوتون في اللبس والركوب تفاوتًا فاحشًا، فإن رب إنسان يفسد الثوب إذا لبسه يومًا كالجزار، وآخر لا يفسده وإن لبسه أيامًا كالبزّار، ورب راكب يفسد الدابة إذا ركب عليها يومًا، والآخر لا يفسدها إذا ركب عليها شهرًا، بل يصلحها، ولهذا يبذل الإنسان الأجر للرائض ولا يرضى بركوب غيره دابته، وإذا كان التفاوت فاحشًا كان جهال الراكب واللابس مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلّم؛ لأن صاحب الدابة يقول للمستأجر: استأجرته لتلبسه وتركبه، والمستأجر يقول: استأجرته لألبس، وأركب غيري، فإن ألبسه غيره، فهو ضامن إن أصابه شيء، يريد به إذا استأجره ليلبسه بنفسه، وإن لم يصبه فلا أجر عليه.

أما الضمان إذا أصابه شيء، فلأن إلباس غيره لم يدخل تحت العقد؛ لأنه شرط لبسه، وقد صح هذا الشرط لما ذكرنا أن الناس يتفاوتون في اللبس، وأما عدم الأجر إذا لم يصبه شيء لأنه استوفى ما ليس بداخل تحت العقد أصلا، والمنافع لاتقوم بدون العقد.

بيانه: أن التفاوت بين اللابس واللابس والراكب لما كان تفاوتًا فاحشًا، التحق اللبسان لاختلاف اللابسين باختلاف الجنسين، فهو معنى قولنا: استوفى ما ليس بمعقود عليه، ولأنه لا يوجب الأجر، فرق بين هذا وبينما إذا استأجر قميصًا ليلبسه فاتزر به، ولم يصب الثوب شيء، فإنه يجب عليه الأجر استحسانًا، وقد صار مخالفًا حتى إنه

إذا أصاب الثوب شيء، فإنه يضمن، وههنا[1] قال: يجب الأجر، والفرق أن التفاوت الذى بين لبسه وبين اتزاره تفاوت يسير، فلم يلتحقا بجنسين مختلفين، فكان موافقًا فى أصل المعقود عليه مخالفًا فى صفته، فلمكان الوفاق أوجبنا الأجر، لذا لم يصبه شيء؛ لأنه استوفاه بحكم العقد، ولمكان الخلاف أوجبنا الضمان متى هلك عملا بهما.

فأما التفاوت بين لبسه ولبس غيره تفاوت فاحش، فالتحقا بالجنسين المختلفين، فما استوفاه إنما استوفاه بغير عقد، فلهذا لم يجب الأجر.

وفرّق أيضًا بين هذه المسألة، وبينما إذا استأجر حانوتًا ليقعد فيه، فاميًا فقعد فيه قصارًا، وسلم الحانوت، فإنه يجب الأجر والتفاوت بين سكنى الفاميّ، وبين سكنى الحداد تفاوت فاحش، ثم لم يجعل ما استوفى باعتبار التفاوت الفاحش جنسًا آخر غير ما تناوله العقد.

والفرق: وهو أنه فى تلك المسألة العقد انعقد على شيئين على السكنى وعلى العمل، ولا تفاوت فى السكنى، إنما التفاوت فى حق العمل، والعقد انعقد على السكنى، فصار مستوفيًا ما تناوله العقد وزيادة، واستيفاء الزيادة لا تمنع وجوب الأجر، فأما ههنا العقد انعقد على شيء واحد، وهو اللبس، ولبس غيره من لبسه جنس آخر على ما ذكرنا، فلم يستوفِ المعقود عليه أصلا، فلهذا لا يجب الأجر.

فإن قيل: هب كأنه استوفى ما ليس بمعقود عليه إلا أنه كان متمكنًا من استيفاء المعقود عليه، بأن يلبسه بنفسه، والتمكن من استيفاء المعقود عليه لا يمنع وجوب الآجر.

قلنا: التمكن من استيفاء المعقود عليه إنما يوجب الأجر إذا لم تزله يد الإجارة، وكما ألبس غيره فقد زال يد الإجارة، ألا ترى أنه يضمن، وإن هلك الثوب لا من لبس الغير، ولما زال يد الإجارة انفسخت الإجارة، فلم يوجد التمكن من الاستيفاء حال قيام الإجارة، فلهذا لم يجب الأجر.

١٣٨٨٢-ولو استأجر ثوبًا يومًا إلى الليل للبس، ولم يبين اللابس، أو استأجر دابة يومًا إلى الليل للركوب، ولم يبين الراكب، حتى فسدت الإجارة، فاختصما إلى القاضى قبل أن يلبس هو، أو يلبس غيره، فإن القاضى يفسخ الإجارة بينهما رفعًا

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: "وههنا قال: لا يجب الأجر".

للفساد، ودفعًا للمعصية، حتى يلبس هو يومًا إلى الليل، أو لبس غيره، فالقياس أن لا تعود الإجارة جائزة، ويجب عليه أجر المثل، وفي الاستحسان: تعود جائزة، ويجب المسمّى؛ لأن المعقود عليه متعين حالة العقد من حيث الحكم إن كان مجهولا من حيث الحقيقة.

بيانه: وهو أن الإجارة يتجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فحال ما يستوفى المنفعة يتجدد العقد حكمًا، والمعقود عليه متعين فى تلك الحالة، فهو معنى قولنا: إن المعقود عليه متعين حالة العقد من حيث الحكم، ولو كان متعينًا من حيث الحقيقة ألبس أنه يجوز العقد، فكذا إذا كان متعينًا من حيث الحكم، إذ المقصود من العقد الحكم لا عينه، ولايصير المستأجر غاصبًا الثوب بإلباسه غيره.

والفرق: أن الداخل تحت العقد ههنا إما لبسه أو لبس غيره؛ لأنه مستأجر استأجره للبس مطلقًا، والجمع بين الأمرين فى حالة واحدة متعذر، فيكون العقد متناولا أحدهما، فأيهما ما تعين كان هو الداخل تحت العقد، أما فى المسألة الأولى الداخل تحت العقد لبسه، فأما لبس غيره فليس بداخل تحت العقد أصلا، فلهذا افترقا.

١٣٨٨٣-وإذا استأجر الرجل قميصًا ليلبسه يومًا إلى الليل بدرهم، فلم يلبسه ووضعه فى منزله حتى مضى اليوم، فعليه الأجر كملا، فرق بين هذا وبينما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر، فأمسكها فى منزله فى المصر، حيث لا يجب الأجر، وقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فى الفصلين جميعًا.

والفرق بناء على الأصل الذى تقدم ذكره فى الصدر أن التمكن من استيفاء المعقود عليه إنما يوجب الأجر إذا ثبت التمكن فى المدة التى ورد عليها العقد فى المكان الذى أضيف إليه العقد، وفى مسألة الثوب وجد التمكن بهذه الصفة، أما فى مسألة الدابة لم يوجد التمكن فى المكان الذى أضيف إليه العقد؛ لأن المكان الذى أضيف إليه العقد خارج المصر، ولا يثبت التمكن من استيفاء المنفعة خارج المصر، والدابة فى المصر، حتى لو وجد التمكن بهذه الصفة فى مسألة الدابة بأن ساق الدابة إلى ذلك المكان، ولم يركبها نقول بوجوب الأجر قياس مسألة الدابة من مسألة الثوب أن لو استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل، فحبسها فى منزله، ولم يركبها، وهناك يجب الأجر أيضًا.

ثم ذكر حكم الضمان، وفرّق فيه بين مسألة الثوب وبين مسألة الدابة، فقال: لو أمسك الثوب في منزله ولم يلبسه حتى هلك لا يصير ضامنًا، وفي مسألة الدابة، قال: يصير ضامنًا، والفرق أن في مسألة الدابة الإمساك حصل بغير إذن صاحب الدابة؛ لأن صاحب الدابة إنما أذن بإمساك يجب به الأجر، وفي مسألة الدابة لايجب الأجر بهذا الإمساك على ما ذكرنا.

أما في مسألة الثوب هذا الإمساك حصل بإذن المالك؛ لأن الأجر به، فيكون حاصلا بإذن المالك حتى إن في مسألة الدابة لو وجب الأجر بالإمساك في منزله، بأن استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل، نقول: لا يجب الضمان إذا هلكت الدابة، ولو لم يفعل ذلك، ولكن ارتدى به يومًا إلى الليل، فعليه الأجر كاملا، ولا ضمان؛ لأن اللبس على سبيل الارتداء في إفساد الثوب ليس فوق لبسه قميصًا، بل هو مثله أو دونه، فإن كان مثله، فقد استوفى المقصود عليه بكماله، وإن كان دونه، فقد استوفى بعض المعقود عليه، وتمكن من استيفاء الباقي، وفي مثل هذه الصورة يجب الأجر كاملا، ولا يجب الضمان.

وإن لم يفعل ذلك، ولكنه اتزر به يومًا إلى الليل، فهو ضامن إن هلك الثوب في يده، ولا أجر؛ لأنه ملكه بالضمان من حين اتزر به، وإن لم يهلك، فالقياس أن لا يجب الأجر، وفي الاستحسان يجب.

١٣٨٨٤-وإذا استأجرت المرأة درعًا لتلبسه أيامًا معلومة ببدل معلوم، فهو جائز، ولها أن تلبسه النهار كله، ومن الليل أوله وآخره، يلبسه في طرفي الليل، ولاتلبسهما بين ذلك إذا كان الثوب ثوب ضيافة وتجمل، فقد جعل ما بين طرفي الليل مستثنى مع أن اللفظ تناوله ظاهرًا؛ لأن الأيام ذكرت باسم الجمع، فتناول ما بإزاءها من الليالي، إنما فعل هكذ بناء على العرف، فإن العرف فيما بين الناس أنهم لا يلبسون ثوب الضايفة فيما بين طرفي الليل، والمعروف كالمشروط صريحًا، وإن لم يكن الثوب ثوب ضيافة وتجمّل، بأن كان ثوب بذلة ومهنة، كان لها أن تلبس الليالي كلها؛ لأن اللفظ تناول الليالي، كما تناول الأيام، ولا عُرف بخلافه إذا كان الثوب ثوب بذلة ومهنة، فيعمل فيه بقضية اللفظ.

فرع على ثوب الضيافة، فقال: إذا لبسه الليل كله، فتخرق، إن تخرق فى الليل فهو ضامن، وإن تخرق فى غير الليل بأن تخرق بالغد، فلا ضمان، وإن صارت مخالفة باللبس فى كل الليل؛ لأن الخلاف ارتفع إذا جاء الغد، وعقد الإجارة باقى، فيعود أمينًا كالمودع إذا خالف فى الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، فقد سوّى فى حكم البراءة عن الضمان بالعود إلى الوفاق بين المستأجر وبين المودع، وسيأتى الكلام فيه بعد هذا مع ما فيه من اختلاف المشايخ -إن شاء الله- .

قال: وليس لها أن تنام فيه، يعنى فى ثوب الضيافة، والمراد به النوم فى النهار؛ لأنه ليس لها اللبس حالة اليقظة فيما بين طرفى الليل إذا كان الثوب ثوب ضيافة، فحالة النوم أولى، فعلمنا أن المراد به النوم فى النهار، وإنما لم يكن لها ذلك؛ لأن اللبس حالة النوم فى ثوب الضيافة صار مستثنى عرفًا؛ لأن اللبس حالة النوم أعنف بالثوب من اللبس حالة اليقظة، فإن فعلت ذلك، يعنى نامت فيه فتخرق الثوب من ذلك، فهى ضامنة، وليس عليها أجر فى تلك السعة التى تخرق فيها؛ لأنها كانت غاصبة حال لبسها نائمة، ولا أجر على الغاصب، وعليها أجر ما قبله وما بعده، أما أجر ما قبله فلأنها استوفته بحكم العقد، وأما أجر ما بعده فلأنها لما انتهت، فقد تركت الخلاف، وعقد الإجارة باقى، فتعود أمينة، وتكون مستوفى بحكم الإجارة، وطريق معرفة أجر تلك الساعة الرجوع إلى الساعات حتى يقسم الأجر على الساعات، فيعرف حصة تلك الساعة من الأجر، هذا إذا كان الثوب ثوب ضياف، فأما إذا كان ثوب بذلة، كان لها اللبس حالة النوم؛ لأن ثوب البدلة يلبس حالة النوم، فلم يصر ذلك مستثنى عن الإجارة لا عرفًا ولا شرطًا.

ولو كانت استأجرته لمخرج تخرج به يومًا بدرهم، فلبسته فى بيتها، فعليها الأجر؛ لأن اللبس وجد فيما قدر به المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه مقدر باليوم، لا بالمكان، لأنه لم يسم المكان الذى تخرج إليه، فلم يصح لتقدير المعقود عليه [فكان المعقود عليه][1] مقدرًا باليوم، وصار ذكر الخروج فى حق التقدير والعدم بمنزلة كأنها استأجرته لتلبسه يومًا إلى الليل، ولم تقل لمخرج تخرج به، وهناك إذ لبسته فى بيتها كان عليها الأجر،

(١) زيد من "م".

بخلاف ما إذا استأجر دابة : ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر ، فركبها فى منزله ، حيث لا يجب الأجر ؛ لأن هناك ذكر مكانًا معلومًا ، ولم يذكر المدة ، والمكان المعلوم يصلح لتقدير المعقود عليه ، فصار المعقود عليه مقدرًا بالمكان ، ولم يوجد الاستيفاء فيه ، أما ههنا بخلافه ، حتى إن لو استأجر الدابة ليركبها يومًا إلى الليل ، ولم يسم المكان ، إذا ركبها فى منزله يجب الأجر كملا ، كما فى مسألتنا .

ولو ضاع الثوب منها فى اليوم ، فلا أجر عليها ؛ لأن الضياع حال بينها وبين الانتفاع بالثوب ، فيعتبر بما لو حال بينها وبين الانتفاع به غصب غاصب ، وإن اختلف فى الضياع ، فقال رب الثوب : لم يضع فى اليوم ، وقالت هى : لا ، بل ضاع فى اليوم ، فإنه يحكم الحال إن كان فى يدها وقت المنازعة ، فالقول قول رب الثوب مع يمينه ، وإن لم يكن فى يدها وقت المنازعة ، فالقول قولها ، هذا إذا ضاع ، ثم وجد ، وإن لم يوجد لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب ، وينبغى أن يكون القول قولها أيضًا ؛ لأنها تنكر وجوب الأجر ، وسرق الثوب منها ، فلا ضمان ، بخلاف الأجير المشترك إذا سرق العين من يده ، فإنه يضمن على قولهما .

والفرق أن مستأجر الثوب فيما يقبض عامل لرب المال ؛ لأن ما يستفيد رب الثوب من المنفعة بقبض المستأجر الثوب أكثر مما يستفيده المستأجر ؛ لأن صحب الثوب يستفيد العين ، وهو الأجرة ، والمستأجرة يستفيد المنفعة ، والعين خير من المنفعة ، فجعل المستأجر فى القبض عاملا لنفسه ، فأشبه المودع ، والوديعة إذا سرقت من يد المودع لا ضمان عليه ، أما الأجير المشترك فى القبض عامل لنفسه ؛ لأن ما يستفيده من المنفعة بسبب هذا القبض أكثر مما يستفيد صاحب المال ؛ لأن الأجير يستفيد به عينًا ، وصاحب الثوب يستفيد به المنفعة ، فجعل قابضا لنفسه ، فأشبه الغاصب .

ولو تخرق الثوب من لبسها ، فلا ضمن عليه ، وإن حصل الهلاك بخيانة يدها ، بخلاف الأجير المشترك إذا هلك المال من جناية يده ، حيث يضمن ، والفرق أن فى مسألة الهلاك حصل من عمل ليس بإزاءه أجر ؛ لأن الفساد حصل من اللبس ، والأجر ليس بإزاء اللبس ، بل بإزاء تسليم الثوب للبس ، ألا ترى أنه إذا سلم الثوب يستحق الأجر لبست أو لم تلبس ، والهلاك متى حصل من عمل ليس بإزاءه أجر ، لا يجب الضمان

على العامل متى عمل، كالمعين وأجير الواحد إذا دق وتخرق، أما فى الأجير المشترك بالهلاك حصل من عمل بإزاءه أجر؛ لأن الهلاك حصل من عمل الدق، والأجير المشترك لا يستحق الأجر إلا بالدق، فصار الأجير المشترك معاوضًا، ومطلق المعاوضة يقتضى السلامة عن العيب، كما فى بيع العين.

١٣٨٨٥-وإذا استأجر الرجل قبة لينصبها فى بيته، ويبيت فيها شهرًا بخمسة دراهم، فهو جائز، وإن لم يسم مكان النصب؛ لأن جهالة مكان النصب لا توقعهما فى المنازعة؛ لأن الأمكنة لا تتفاوت فى حق الضرر بالقبة تفاوت معتبرا، وإن تنصبها فى الشمس والمطر، وكان على القبة فى ذلك ضرر، فهو ضامن؛ لأن النصب فى الشمس والمطر مستثنى من الإجارة عرفًا؛ لأن الشمس والمطر يضران بالقبة.

ولو شرط أن ينصبها فى دار، فنصبها فى دار أخرى من قبيلة أخرى، ولكن فى ذلك المصر، فلا ضمان، فرق بين هذا وبينما إذ أودع عند إنسان شيئًا، وشرط على أن يحفظ فى داره، فحفظه فى دار أخرى من ذلك المصر، فإنه يضمن، والفرق أن المقصود من الإيداع الحفظ والتحصين، والداران يتفاوتان فى الحرز والتحصين، أما المقصود من الإجارة الانتفاع دون الإحراز والتحصين، وفى حق الانتفاع الأمكنة على السواء، فإن أخرجها إلى مصر، أو إلى السواد، فلا أجر عليه، سلمت القبة أو هلكت؛ لأنه استوفى ما لم يتناوله العقد؛ لأن الانتفاع بها خارج المصر مما يلحق بالمالك ضررًا كثيرًا، وهو مؤنة الرد، فبحكم كثرة الضرر التحق الانتفاع خارج المصر بجنس آخر، فهو معنى قولنا: استوفى ما لم يتناوله العقد والمنافع لا تتقوم بدون العقد.

١٣٨٨٦-ولو استأجر فسطاطًا يخرج به إلى مكة يستظل به فإنه يجوز ، وله أن يستظل به بنفسه وبغير لعدم تفاوتت الناس فيه، وإن أسرج فى الخيمة أو فى الفسطاط أو القبة، أو علق به قنديلا، فأفسد، فلا ضمان عليه؛ لأنه صنع مما يصنع الناس، فكان داخلا تحت العقد، فإن جاوز المعروف المعتاد فهو ضامن، وإن اتخذ فيه مطبخًا، فهو ضامن؛ لأنه صنع ما لا يصنع الناس عادة إلا أن يكون معدا لذلك العمل.

ولو استأجر فسطاطًا يخرج به إلى مكة ذاهبًا وجائيًا، ويحج به ويخرج فى يوم كذا، فهو جائز، وإن لم يبين شيء يخرج، فإن لم يكن لخروج الحاج وقت معلوم،

بحيث لا يتقدم خروجهم عليه، ولا يتأخر عنه، فالإجارة فاسدة قياسًا واستحسانًا، وإن كان لخروجهم وقت معلوم، بحيث لا يتقدم، ولا يتأخر، فالإجارة جائزة استحسانًا؛ لأن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، وإن تخرق الفسطاط من غير عنق، ولا خلاف، فلا ضمان، وإن لم يتخرق، ولكن قال المستأجر: لم استظل تحته، ولم أضربه، وقد ذهب به إلى مكة فعليه الأجر؛ لأنه تمكن من استيفاء المعقود عليه فى المكان الذى أضيف إليه العقد.

ولو انقطع أطنابه، أو انكسر عموده، فلم يستطيع نصبه، فلا أجر عليه، ولو اختلفا فيه، فهذا على وجهين: إما إن اختلفا فى مقدار الانقطاع مع اتفاقهما على أصل الانقطاع، وفى هذا الوجه القول قول المستأجر، وإن اختلفا فى أصل الانقطاع، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه أنه بحكم الحال، كما لو وقع هذا الاختلاف فى انقطاع الماء فى إجارة الرحى، وسيأتى الكلم فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وهذا الجواب مشكل فى مسألة الفسطاط ظاهر فى مسألة الرحى؛ لأن الماء قد ينقطع ثم يعود، فيحكم بحكم الحال، أما الأطناب إذا انقطع، أو العمود إذا انكسر يبقى إلى وقت الخصومة كذلك، فكيف يستقيم بحكم الحال، فإن كان المستأجر اتخذ أطنابًا من عند نفسه، أو عمودا من عند نفسه، ونصبه حتى رجع، فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه فى إجارة الفسطاط السكنى، وقد سكن فيه، ولو انكسر الأوتاد، فلم يقدر على نصبه حتى رجع فعليه الأجر كله، فرق بين الأوتاد وبين الأطناب والعمود، والفرق أن الأوتاد على المستأجر، فم يعجز عن الانتفاع بالفسطاط، أما العمود والأطناب على الآجر، فقد عجز المستأجر عن الانتفاع بالفسطاط.

وإذا أوقد نارًا فى الفسطاط، كان كالإسراج[1] إن أوقد مثل ما يوقد الناس عرفًا وعادة فى الفسطاط، وأفسد الفسطاط، أو احترق الفسطاط، فلا ضمان، وإن جاوز المتعارف، فهو ضامن، فبعد ذلك ينظر إن فسد كله، بحيث لا ينتفع به ضمن قيمة الكل، ولا أجر عليه، وإن أفسد بعضه، لزم ضمان النقصان، وعليه الأجر، كملا إذا كان قد انتفع بالباقى؛ لأن فساد البعض أوجب نقصانًا فى الباقى، فإذا استوفاه مع

(١) وكان فى الأصل "كالسراج".

النقصان صار راضيًا بالعيب، فيجب على جمع الأجر، كما لو استأجر دارًا، فانهدم حائط منها، وأوجب نقصانًا فى الباقى، فسكن كذلك، كان عليه الأجر، كذا ههنا، وإن لم يفسد شيء منه، وسلم، كان جاوز المعتاد، فالمسألة على القياس والاستحسان، فالقياس أن لا يجب الأجر، فى الاستحسان: يجب، وقد مرّ جنس هذه المسألة.

وإن شرط رب الفسطاط على المستأجر أن لا يوقد فيه، ولا يسرج فيه، ففعل فهو ضامن، وعليه الأجر كملا إذا سلم الفسطاط؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، وإن كان المستأجر لم يخرج بنفسه، فأراد أن يؤاجر الفسطاط من رجل يخرج إلى مكة، أو أراد أن يعير ذلك، فله ذلك فى قول محمد رحمه الله، وعلى قولهما: ليس له ذلك، وإذا فعل، فهو ضامن، ولا أجر عليه.

محمد رحمه الله قال: الناس لا يتفاوتون فى السكنى فى الفسطاط، فهو بمنزلة ما لو ستأجر دارًا أو منزلا كان له أن يؤاجر من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون فى السكنى، والدليل عليه أن من استأجر عبدًا ليخدمه فى طريق مكة، فأجره من غيره ليخدمه فى طريق مكة أو أعاره منه، فإنه يجوز، وإنما جاز لأن الناس لايتفاوتون فى الخدمة، وهما قالا: إن الفسطاط والخيمة مما ينقل ويحول وينصب ويرفع، والناس يتفاوتون فى ذلك تفاوتًا فاحشًا، رب إنسان ينقل الفسطاط شهرًا، ولا يفسده لمعرفته بنصب ورفعه، وآخر ينقله أسبوعًا، ويفسده عُنفة وقلة هدايته فى نصبه ورفعه، وإذا كان التفاوت فاحشًا منع الإجارة والإعارة من غيره، كما لو كان المستأجر ملبوسًا أو مركوبًا بخلاف الدار؛ لأنها مما لم ينقل ولا يحول، ولايرفع ولا ينصب، وإنما يسكن فيها لا غير، والناس لا يتفاوتون فى ذلك تفاوتًا فاحشًا.

وأما العبد قلنا: الناس وإن كانوا يتفاوتون فى النقل تفاوتًا فاحشًا إلا ما يلحقه من زيادة المشقة من جهة الثانى يمكنه دفعه؛ لأنه حافظ نفسه.

١٣٨٨٧-ولو أن المستأجر خلف الفسطاط بالكوفة فى بيته، أو بيت غيره، وخرج بنفسه، فلا كراء عليه؛ لأنه لم يتمكن من استيفاء المعقود عليه فى المكان الذى أضيف إليه العقد، وهو ضامن لها بهذا الإمساك؛ لأن المالك لم يرضَ بإمساك لايجب به الأجر، والقول قول المستأجر مع يمينه فى أنه لم يخرج الفسطاط؛ لأن حاصل اختلافهما فى

وجود التسليم فى المكان الذى أضيف إليه العقد.

١٣٨٨٨-قال: ولو كان المستأجر دفع الفسطاط إلى رجل أجنبى ليدفعه إلى صاحب الفسطاط، فدفعه ذلك الرجل إلى صاحبه، فقد برئا جميعًا، وإن أبى صاحب الفسطاط أن يقبله، فليس له ذلك؛ لأن المستأجر الفسطاط أن يترك الفسطاط، ولايخرجه من الكوفة، كما أن له أن يترك إجارة البيت إذا أراد سفرًا، فإن هلك الفسطاط عند هذا الرجل قبل أن يحمله إى صاحبه، ذكر أن على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله صاحب الفسطاط بالخيار، إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الرجل، ولم يذكر على قول أبى حنيفة رحمه الله، قالوا: وينبغى على قوله: أن يقال: إن كان المستأجر دفع الفسطاط إلى ذلك الرجل قبل أن يصير المستأجر غاصبًا، فإن أمسك الفسطاط قدر ما يمسكه الناس إلى أن يرتحل، ويسوى أسبابه إذا كانت الحالة هذه لا ضمان على الثانى؛ لأنه مودع المودع، بل أحسن حالا من مودع المودع؛ لأن مودع المودع إنما أخذها ليحفظ للمودع، وهذا إنما أخذ ليحفظ للمودع، ويردها على المالك، ومن مذهب أبى حنيفة رحمه الله: أن المودع الثانى لا يضمن، إنما يضمن المودع الأول، فأما إذا أمسك المستأجر الفسطاط زيادة على ما يمسكه الناس حتى يصير غاصبًا ضامنًا له، ثم دفع إلى الثانى، يخير المالك إن شاء ضمن الأول، وإن شاء الثانى؛ لأن الثانى يكون مودع الغاصب، لا مودع المودع، ومودع الغاصب ضامن عندهم جميعًا، فإن ضمن المستأجر، فالمستأجر لايرجع على ذلك، وإن ضمن ذلك الرجل يرجع على المستأجر.

١٣٨٨٩-قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استأجر الرجلان أحدهما بصرىّ، والآخر كوفى فسطاطًا من الكوفة إلى مكة ذاهبًا وجائيًا بأجر معلوم، وذهبا به إلى مكة، واختلفا، فقال البصرى: إنى أريد أن آتى البصرة، وقال الكوفى: إنى أريد أن أرجع إلى الكوفة، وأراد كل واحد أن يذهب بالفسطاط إلى حيث قصد، فخذا على وجهين: إما إن ذهب البصرى بالفسطاط إلى بصرة، أو ذهب به الكوفى إلى الكوفة، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما إن ذهب به بأمر صاحبه، أو بغير أمره، فإن ذهب البصرى بالفسطاط إلى بصرة إن ذهب به بغير أمر صاحبه، فالبصرى ضامن للفسطاط كله، ولا ضمان على الكوفى، وليس عليهما أجر الرجعة، أما البصرى فيضمن جميع الفسطاط، أما نصيبه لأنه أمسكها فى موضع لا يجب عليه الأجر بإمساكه؛ لأن الإجارة عقدت على

أن ينتفع بها في طريق كوفة، فإذا انتفع بها في طريق بصرة صار غاصبًا، وأما نصيب الكوفي لأنه ذهب بنصيبه بغير أمره، فصار غاصبًا نصيب الكوفي، ولا أجر عليهم على الكوفي؛ لأنه غصب منه نصيبه، وعلى البصري؛ فلأنه أمسكها في موضع لم يأذن له صاحب الفسطاط بالإمساك فيه في طريق بصرة، فيصير ضامنًا، كما لو أمسكها بالكوفة.

هذا إذا ذهب البصري إلى بصرة بغير أمر الكوفي، فأما إذا ذهب به بأمر الكوفي، فالبصري يصير ضامنًا لجميع الفسطاط، والكوفي يضمن نصيبه، وهو النصف ولا أجر عليهما، أما البصري يضمن جميع الفسطاط نصيبه؛ لأنه أمسكها في موضع لم يأذن له المالك بالإمساك فيه، ونصيب الكوفيّ؛ لأنه مودع الكوفيّ إن لم يأذن له بالانتفاع بنصيبه، والكوفي غاصب، ومودع الغاصب، ومستعيره ضامن، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن الكوفي لما دفع نصيبه إلى البصري حتى يمسكها في طريق بصرة، صار غاصبًا بهذا التسليم؛ لأنه ليس له أن يسلم نصيبه إلى أحد حتى يمسكه في طريق بصرة، أو ينتفع به، وإذا صار الكوفي غاصبًا بذا التسليم صار البصري [ضامنًا][1] مودع الغاصب أو مستعيره، وأنه ضامن في حق المالك، فصار البصري ضامنًا جميع الفسطاط من هذا الوجه، ويضمن الكوفي النصف؛ لأنه لم يوجد منه سبب ضمان في نصيب البصري، إنما وجد منه سبب الضمان في نصيبه، ولا أجر عليهما في الرجع؛ لأنهما أمسكا الفسطاط في موضع لم يأذن لهما المالك بالإمساك فيه، فلا يكون عليهما أجر.

هذا الذي ذكرنا إذا ذهب البصري بالفسطاط إلى بصرة، فأما إذا ذهب الكوفي إلى الكوفة، إن ذهب به بغير أمر البصري، فإنه يضمن نصف الفسطاط، وهو نصيب البصري، ولا يضمن نصيبه، وعليه نصف الكراء في الرجعة، ولايجب على البصري شيء في الرجعة، أما يضمن نصيب البصري لأنه غصب من البصري نصيبه، فيصير ضامنًا نصيب البصري، ولايضمن نصيب نفسه؛ لأنه لم يمكسها في موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه، وعليه نصف الكراء؛ لأنه انتفع بنصيبه في طريق كوفة، ولا أجر على

(١) هكذا في الأصل.

البصرى فى نصيبه [على قول محمد رحمه الله][(١)] فى الرجعة ؛ لأنه غصب منه المستأجر .

هذا إذا ذهب الكوفى به إلى الكوفة بغير أمر البصرى ، فأما إذا ذهب به إلى كوفة بأمر البصرى ، فلا ضمان على البصرى فى نصيبه على قول محمد رحمه الله ، سواء أعار منه نصيبه ، أو أودعه بأن قال : انتفع به يومًا فى نوبتك ، واحفظها يومًا فى نوبتى ؛ لأن من مذهب محمد رحمه الله أن لمستأجر الفسطاط أن يعيره من غيره ، وأن يودع فى المكان الذى أضيف إليه العقد ، فلا يصير ضامنًا بذلك ؛ لأنه يجب عليه الأجر بذلك .

وأما فى قول أبى يوسف رحمه الله فكذلك الجوب إن أودعها من الكوفى ؛ لأن الفسطاط كان أمانة عندهما ، وكانا بمنزلة المودعين ، ومن مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهم الله أن من أودع عند رجلين وديعة مما تقسم أو لا تقسم ، فأودع أحدهما نصيبه من صاحبه ، أنه لا يضمن عندهما ، فهذا على ذلك .

فإن قيل : يجب أن يضمن البصرى ؛ لأن المستأجر متى أودع ما استأجر من غيره يصير ضامنًا ، فيجب أن يضمن البصرى حصته لما دفع حصته إلى الكوفى وديعة؟

قلنا : إنما يضمن بالإيداع إذا كان إيداعًا لا يجب الأجر بإمساك المودع ؛ لأن إمساك المودع يكون كإمساكه ، والإيداع هنا حصل على وجه يجب الأجر بإمساك المودع ؛ لأنه يمسكها فى طريق كوفة ، فإمساكه كإمساكه .

وإن أعار نصيبه من الكوفى وآجر ، يجب أن يضمن البصرى نصيبه على قول أبى يوسف رحمه الله ؛ لأنه ليس لمستأجر الفسطاط عند أبى يوسف رحمه الله أن يعير وأن يواجر من غيره ، والكلام فى وجوب الضمان على الكوفى نظير الكلام فى وجوب الضمان على البصرى ، وعليهما الأجر كملا إن أودع البصرى نصيبه ؛ لأن إمساك الكوفى كإمساكه ، وإن كان أعار من لا أجر على البصرى ؛ لأنه صار مخالفًا .

وإن ارتفعا إلى القاضى ، وقصّا عليه القصة ، واختصما فى ذلك ، فإن القاضى إن شاء لم يلتفت إلى ما قالا ما لم يقيما بينة على ذلك ؛ لأنهما يريدان إيجاب حفظ على القاضى فى مال الغائب ، فكان للقاضى أن لا يلتزم ذلك بمجرد قولهما ، كمن جاء بدابة إلى القاضى ، وقال : وجدتها لقطة ، مرنى بالإنفاق عليها ، كان للقاضى أن لا يصدقه

(١) هكذا فى م .

فيما قال ما لم يعلم بالبينة، وإن شاء القاضى صدقهما فيما قالا، ثم هو بالخيار إن شاء ترك ذلك فيما فى أيديها، وإن شاء فسخ الإجارة؛ لأن القاضى نصب ناظرًا فى مال الغائب، فإن رأى القاضى النظر للغائب فى فسخ الإجارة فسخ؛ لأنه لا يستحق على البصرى الرجوع إلى كوفة بسبب إجارة الفسطاط، ألا ترى أنه فى أول الأمر حين استأجر الفسطاط لو قال: هائد بالكوفة ولا أخرج إلى مكة، كان له ذلك، فكذلك إذا بلغ مكة إذا قال: لا أخرج إلى كوفة، كان ذلك عذرًا له فى فسخ الإجارة، فكان له أن يفسخ الإجارة، فإن فسخ الإجارة بعد هذا يؤاجر نصيب البصرى من الكوفى إن رغب فى إجارة نصيب البصرى حتى يصل إلى الغائب عين القسطاط مع الأجر، ويكون هذا أولى من الإجارة من غيره؛ لأن الرد على صاحب الفسطاط مع الأجر يحصل مع مختار صحب الفسطاط، فكان أولى عن الإجارة من غيره، وتجوز هذه الإجارة عندهم جميعًا.

١٣٨٩٠-وإن آجر المشاع ممن يملك الانتفاع بالملك جائز عندهم جميعًا، كما لو آجر من شريكه، وإن لم يرغب الكوفى إجارة ذلك يؤاجر من غيره إن وجد؛ لأنه أنفع للغائب من أن يودعه، ولا يؤاجر، وتجوز هذه الإجارة، وإن آجر المشاع ممن لايملك الانتفاع؛ لأنه قضى فى موضع مختلف فيه، فينفذ قضاءه بالكل، وإن لم يجد أحدًا يؤاجر نصيبه يودع نصيب البصرى من الكوفى إن رآه ثقة حتى يصل إلى المالك، وإن شاء ترك ذلك فى أيديهما؛ لأن فى الترك فى أيديهما نظر للغائب؛ لأنه إن ذهب البصرى بالفسطاط كان مضمونًا على البصرى لو هلك فى يده، ولو فسخت الإجارة، وبعث بها إلى صاحبه، ربما يهلك فى الطريق، فلايصل إلى صاحبه لا عينه ولا بدله، فإن مال إلى هذا، وفيه نظر للغائب من كل وجه كان له ذلك.

١٣٨٩١-وإذا تكارى الرجل فسطاطًا من الكوفة إلى مكة ذاهبًا وجائيًا، ثم خرج به إلى مكة، ثم خلفه بمكة، ورجع فعليه الكراء ذاهبًا وهو ضامن لقيمة الفسطاط؛ لأنه أمسك الفسطاط فى موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه، فيصير ضامنًا، فلو لم يضمنه صاحب الفسطاط، ولم يختصما حتى حج من قابل، فرجع بالفسطاط فلا أجر عليه فى الرجعة؛ لأن العام الثانى غير داخل تحت الإجارة، فلا يكون عليه أجر برجوعه فى العام الثانى.

وروى عن الحسن البصرى رحمه الله : أنه قال : لا بأس بأن يستأجر حلى الذهب بالذهب وحلى الفضة بالفضة ؛ لأن ما يبدل من الأجر ليس ببدل عن العين يقال : بيع ذهب بذهب على وجه يعود ذهبه إليه ، فيكون ربا ، بل الأجر بإزاء منفعة العين والمنفعة مع العين جنسان مختلفان ، والربا لا يجرى فى مختلف الجنس ، وهذا كما لو استأجر دارًا فيها صفائح ذهب بذهب ، فإنه يجوز ، وإنما جاز بالطريق الذى قلنا .

١٣٨٩٢-وإذا استأجرت المرأة حليًا معلومًا لتلبسه يومًا إلى الليل ببدل معلوم ، فحبسته أكثر من يوم ، صارت غاصبة ، قالوا : وهذا إذا حبسته بعد الطلب ، أو حبسته مستعملة ، فأما إذا حبسته للحفظ ، لا تصير ضامنة قبل وجود الطلب من صاحبها ، وذلك لأن العين تقع أمانة فى يدها ، فلا يصير مضمونًا إلا بالاستعمال ، أو بالمنع بعد وجود الطلب ، كالوديعة ، بخلاف المستعير إذا أمسك العين بعد مضى المدة حيث يضمن ؛ لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم ؛ لأن من حكم الطلب وجوب الرد ، وقد وجب الرد عليه بعد مضى المدة ، أما فى الإجارة لم يوجد الطلب ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الحكم ، ولم يوجد الاستعمال ، فلهذا لايجب الضمان ، والحد الفاصل بين الإمساك للحفظ وبين الإمساك للاستعمال أنه إذ أمسك العين فى موضع يمسك للاستعمال فى ذلك الموضع ، فهو استعمال ، وإذا أمسكه فى موضع لا يمسك للاستعمال فى ذلك الموضع ، فهو حفظ .

فعلى هذا قالوا إذا تسوّرت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار ، أو تعمم بالقميص ، أو وضع العمامة على العاتق ، فهذا كله حفظ ، وليس باستعمال ؛ لأن الإمساك وجد فى موضع لا يمسك للاستعمال ، فكان حفظًا ، وليس باستعمال ، فلا تضمن ، وإن ألبست غيرها فى ذلك اليوم ، فهى ضامنة ، ولا أجر عليها ؛ لأن الناس يتفاوتون فى لبس الحلى .

وإن استأجرته كل يوم بأجر مسمّى ، فحبسته شهرًا ، ثم جاءت به ، فعليها أجر كل يوم حبسته ؛ لأن الإمساك فى كل يوم حصل بحكم الإجارة ، وإن استأجرته يومًا إلى الليل ، فإن بدا لها حبسته كل يوم بذلك الأجر ، فلم ترد عشرة أيام ، فالإجارة على هذا الشرط فيما عدا اليوم فاسدة قياسًا ؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالشرط ، وهو أن يبدو لها ذلك .

وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن هذا شرط متعارف محتاج إليه، فإنها إذا خرجت إلى العرس، أو إلى الوليمة، لا تدرى كم يبقى، فيحتاج إلى مثل هذا الشرط، لدفع الضرر والضمان، وتعليق الإجارة بمثل هذا الشرط جائز.

أو نقول: الإجارة فيما عدا اليوم معلق بالمشيئة، فكان تفسيراً للقبول، كأنه قال: آجرت فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن شئت جاز، وكان تفسيراً للقبول؛ لأن القبول لا يكون إلا عن مشيئة، وصار كأنه قال بعت منك هذا العبد بألف درهم إن قبلت، وذلك جائز كذا هذا -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الحادى والعشرون
فى إجارة لا يؤخذ فيها تسليم المعقود عليه إلى المستأجر

١٣٨٩٣-وفى "كتاب الواقعات": رجل دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه، فقطعه ومات قبل أن يخيطه، قال عيسى بن أبان رحمه الله: لا أجر له؛ لأن الأجر مقابل بالخياطة، والقطع ليس من الخياطة، ولهذا لو أراد المشترى أن يرجع بنقصان العيب بعد القطع قبل الخياطة، فقال البائع: أنا أقبله كذلك، فله ذلك، ولو كان القطع من الخياطة لم يكن له ذلك، كما لو خاطه.

وقال أبو سليمان رحمه الله: له أجر القطع؛ لأن الأجر مقابل باتخاذ الثوب والقطع من جملته، وعن أبى يوسف رحمه الله فيمن استأجر دابة يذهب بها إلى منزله، ويركبها إلى موضع قد سمّاه، فدفعها إليه، وذهب بها إلى منزله، ثم بدا له ذلك، فردها، فعليه من الأجر بحساب ذلك، يعنى بحساب ما ذهب إلى منزله.

١٣٨٩٤-وفى "نوادر ابن سماعة رحمه الله" عن محمد: فى خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب، فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخيّاط هو الذى فتق، فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله، وصار كأن لم يكن، فعليه أن يعيد، بخلاف ما إذا فتقه أجنبى؛ لأن بفتق الأجنبى لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا، وكذلك الإسكاف على هذا.

وكذلك المكارى إذا حمل فى بعض الطريق، فخوّفوه فرجع، وأعاد الحمل إلى الموضع الأول، لا أجر له، هكذا ذكر فى الفتاوى، ولم يذكر الجبر على الإعادة، وينبغى أن يجبر، كما فى المسائل المتقدمة، ومسألة السفينة التى بعد هذا.

وكذلك الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع سمّى فى العقد، فضرب الريح

السفينة، وردها إلى مكان العقد، فلا أجر للملاح إن لم يكن الذى اكتراه معه؛ لأن العمل لم يقع مسلمًا إليه، وإن كان معه، فعليه الكراء، لأن العمل صار مسلم إليه، وإن لم يكن الذى اكترى معه، حتى لم يجب الأجر، لا يجبر الملاح على أن يعيد العمل، وإن كان الملاح هو الذى رد السفينة أجبر على الإعادة إلى الموضع المشروط؛ لما قلنا.

وإن كان الموضع الذى رجعت إلىّ السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فيه، فعلى الملاح أن يسلمه فى موضع يقدر رب الطعام على قبضه، ويكون له أجر مثله فيما سار من هذا المسير؛ لأنا لو صحّحنا التسليم، وأجبرنا رب المال على القبض لتلف المال عليه، وقد أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له، فإن قال الذى اكترى السفينة بعد ما ردتها الريح: لا حاجة لى فى سفينتك أنا أكترى غيرها، فله ذلك.

١٣٨٩٥-روا هشام عن محمد رحمهما الله: ولو اكترى بغلا إلى موضع معلوم فركبه، فلما سار بعض الطريق جمح به، فرده إلى موضعه، فعليه الأجر بقدر ما سار؛ لأن بذلك القدر صار مستوفيًا المنفعة بنفسه، فإن قال المستأجر للقاضى من صاحب البغل، فليبلغنى إلى حيث استأجرته، وله على الذى شارطتُه عليه، قال: إن شاء الآجر فعل ذلك، وإلا قيل للمستأجر: استأجره إلى المكان الذى بلغت، ثم هو يحملك من ثمة إلى حيث استأجرته، هكذا رواه هشام عن محمد رحمه الله، قال: وعلى هذا السفينة.

١٣٨٩٦-قال فى "الجامع الصغير": وإذ استأجر الرجل رجلا ليذهب إلى البصرة، ويجىء بعياله، فوجد بعضهم ميتًا، وجاء بمن بقى، فله من الأجر بحسابه؛ لأنه أوفاه بعض العمل، فيجب من الأجر بحساب ذلك، حكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله أنه قال: تأويل المسألة إذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد، أما إذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء يجب جميع الأجر.

١٣٨٩٧-قال: وفيه أيضًا رجل استأجر رجلا ليذهب بكتاب له إلى البصرة إلى فلان، ويجىء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا قد مات، فردّ الكتاب، فلا أجر له، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب، وقول أبى يوسف

رحمه الله : مضطرب .

واعلم بأن هنا مسألتان، إحداهما إذا استأجر رجلا ليذهب بكتاب له إلى البصرة إلى فلان، ولم يشترط عليه المجيء بجوابه، والثانية: أن تشترط عليه المجيء بجوابه، ومحمد رحمه الله ذكر في الكتاب ما إذ شرط عليه المجيء بالجواب، ولم يذكر ما إذا لم يشترط عليه المجيء بالجواب، ولا بد من ذكرهما، فنقول: فيما إذا لم يشترط عليه المجيء بجوابه إذا ترك الكتاب ثمة حتى يوصل إليه إذا حضر بأن كان غائبًا، أو إلى قريبه بأن كان ميتًا، فإنه يستحق الأجر كملا؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه، إذ لا وسع له في الإيصال بأبلغ من هذا الوجه إذا وجد المرسل إليه غائبًا أو ميتًا.

١٣٨٩٨-وكذا إذا وجد المرسل إليه، ودفع الكتاب إليه، فلم يقرأ حتى عاد من غير جواب، فله الأجر؛ لأنه أتى بالمشروط عليه، وإن لم يجده، أو وجده، ولو لم يدفع الكتاب إليه، بل رد الكتاب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا أجر له، وقال محمد رحمه الله: له الأجر في الذهاب، وقول أبي يوسف رحمه الله: مضطرب فيه، وأجمعوا على أنه إذا استأجره ليذهب بطعام له إلى البصرة إلى فلان، فذهب، ولم يجد فلانًا، أو وجده، ولكن لم يدفع الطعام إليه، بل رده أنه لا أجر له، وأجمعوا على أنه إذا استأجر ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة، فذهب الرجل ولم يجد المرسل إليه، أو وجده إلا أنه لم يبلغ الرسالة، ورجع أنه له الأجر.

وأجمعوا على أنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولم يذهب بالكتاب أنه لا أجر له، وفيما إذا شرط عليه المجيء بجوابه إذا دفع إلى فلان، وأتى بالجواب، فله الأجر كاملا؛ لأنه أوفى جميع المعقود عليه، ولو كان المكتوب إليه غائبًا، فدفع إلى آخر ليدفعه إليه، أو دفع إلى المكتوب إليه، ولم يقرأ، ورجع هذا الرجل، فله أجر الذهاب؛ لأنه استؤجر لإيصال الكتاب إليه، والمجيء بالجواب، وقد وجد الإيصال بقدر الإمكان، ولم يوجد المجيء بالجواب، فيجب أجر الإيصال، ولو مزّق الكتاب، ذكر في "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": أن عليه أجر الذهاب في قولهم، ولا نفتي به؛ لأنه قد أبطل عمله حيث مزّقه، فإن رد الكتاب، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا شيء له من الأجر، وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب، وقول أبي يوسف رحمه الله: مضطرب، محمد رحمه الله

يقول : رد الكتاب حصل بإذن المستأجر دلالة ، فلا يسقط به الأجر ، كما لو أذن له بذلك نصّا بأن قال : إن لم تجد فلانًا ، فأت إليّ بالكتاب .

وإنما قلنا : ذلك لأنه ربما يكون فى الكتاب سرّ ، لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه غير المرسل إليه ، ومتى ترك الكتابة ثمة ربما يفتحه غيره ، فيطلع عليه ، فبهذا الاعتبار يصير مأمورًا برد الكتاب متى لم يجد فلانًا ، وربما لا يكون فيه سرّ ، فيكون مأمورًا بالترك هناك إذا لم تجده حتى يوصل إليه إن كان غائبًا ، وإلى ورثته إن كان ميتًا ، فإذا لم ينصّ صاحب الكتاب على الترك ثمة ، ولا على الرد ثانيًا ، دخل كلا الأمرين تحت الإذن كما فى الرسالة ، فإن الرسول قد يكون مأمورًا بترك التبليغ إلى غير المرسل إليه ، بأن يكون سرّا لا يرضى أن يطلع إليه غير الرسول والمرسل إليه ، وربما يكون سرّا ، فيكون مأمورًا بالتبليغ إلى غير المرسل إليه إذا لم يجده حتى يبلغ إليه متى حضر ، فيحصل مقصود المرسل ، فدخل كلا الأمرين تحت الإذن ، فكذلك هذا ، وإذا كان كذلك ، صحّ قولنا : إن ردّ الكتاب حصل بإن المستأجر دلالة ، وهذا بخلاف ما لو كان المستأجر شيئًا له حمل ومؤنة ، فلم يجد المرسل إليه ، فرد ثانى ؛ لأنه غير أمور بهذا الرد من جهة المالك لا نصّا ، ولا دلالة ؛ لأنه لا ضرر عليه متى ترك المحمول على يدى عدل حتى يوصله إليه ، فلم يثبت الإذن بالرد دلالة ، بل الثابت دلالة من جهة النهى عن الرد حتى لا يضيع ما يلحقه من المؤنة ، بخلاف الكتاب لأنه ربما يكون فيه سر لا يرضى بأن يطلع غيره عليه ، فإذا لم يأمره بالترك هناك يثبت الإذن بالرد إليه ثانيًا ، فبهذا تعلق محمد رحمه الله ، وإنه واضح .

وأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب فى ذلك إلى أن الحرة حصل بغير إذن المالك نصّا ولا دلالة ، فلا يستحق الأجر قياسًا على ما لو أمره بالترك هناك إذا لم يجده ، وإنما قلنا : إنه حصل بغير إذنه نصّا ؛ لأنه أمره بالإيصال إليه لا بالرد ولا دلالة ؛ لأن الإذن بالرد لو ثبت دلالة ، إنما ثبت لتوهم أنه يكون فى الكتاب سر لا يرضى أن يطلع عليه غيره .

ولا يجوز أن يثبت الإذن بالرد دلالة من جهة المالك بهذا ؛ لأن الحال لا يخلوا إما أن يكون الكتاب مختومًا ، أو غير مختوم ، فإن كان مختومًا يجد عدلا لا يفتح الختم ، فلا يطلع على ما فيه غير المرسل إليه ، وإذا كان غير المختوم لا يكون فيه سرّا ، فإذا أفشى السر

لا يتحقق بالترك هناك، فلا يثبت الإذن بالرد دلالة بهذا السبب، ولم يأذن له بالرد، فكان الرد حاصل بغير إذنه، وليس كالرسول، وذلك لأن الرجوع قبل التبليغ إلى غير المرسل إليه، حصل بإذن المرسل دلالة، وذلك لأنه ربما يكون سرّاً لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه أحد، ولا يمكنه التبليغ إلى غير المرسل إليه، بحيث لا يطلع عليه غير المرسل إليه، فيصير مأذونا بالرجوع من غير تبليغ إلى غير المرسل دلالة، فأما التبليغ فى باب الكتاب بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب ثمّة من غير إفشاء ما فيه من السر، بأن كان مختومًا، وإن كان غير مختوم، فلا يكون فيه سرّ، فلا يثبت الإذن بالرد دلالة، فيكون الرد بغير إذن المالك، فلايستوجب الأجر، كما لو كان المحمول شيئًا له حمل ومؤنة.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى شرح إجارات "الأصل": وينبغى أن لا يسلم فصل الرسالة على مذهب أبى حنيفة رحمه الله، ثم الأجير يستحق الأجر على المرسل لا على المرسل إليه؛ لأن الأجر إنما يستحق على العاقد، والعاقد هو المرسل، لا المرسل إليه، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله هذه المسألة فى تعليقه، وذكر قول أبى يوسف مع محمد رحمهما الله.

وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله: رجل تكارى سفينة على أن يذهب بها إلى موضع كذا، فيحمل عليه كذا، فيجىء بها، فذهب بالسفينة إلى ذلك الموضع، فلم يجد ذلك الشىء، ثم رجع قال يلزمه كراء السفينة فى الذهاب فارغة.

وإن قال: اكتريتها منك على أتحمل إلى الطعام من موضع كذا إلى هنا، فذهب بها، فلم يجد الطعام، فرجع بالسفينة، فلا شىء له الكراء، وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله فى الدابة مثل هذا.

١٣٨٩٩-وصورة ما روى إبراهيم رحمه الله: رجل استأجر دابة من بغداد ليذهب بها إلى المدائن، ويحمل عليها طعامًا من المدائن، فذهب فلم يجد الطعام، فإن على المستأجر أجر الذهاب، ولو استأجرها ليحمل عليها طعامًا من المدائن، ولم يستأجرها ليذهب من موضع العقد، وباقى المسألة بحالها، فإنه لا أجر عليه فى الذهاب أيضًا.

والفرق أن فى المسألة الأولى العقد انعقد على شيئين على الذهاب إلى ذلك

الموضع ، والحمل منه إلى ههنا ، وقد ذهب إلى ذلك الموضع ، فقد استوفى فى بعض المعقود عليه ، فيجب الأجر بحصته ، وفى المسألة الثانية العقد انعقد على شىء واحد ، وهو الحمل من ذلك الموضع إلى هنا ، ولم ينعقد عى الذهاب إلى ذلك الموضع ؛ لأن الذهب غير مذكور ، ولم يوجد حمل الطعام من ذلك الموضع ، فلم يوجد استيفاء المعقود عليه أصلا ، فلهذا لا يجب شىء من الأجر ، وعلى هاتين المسألتين ، قسنا مسألة صارت واقعة للفتوى .

١٣٩٠٠ -وصورتها : رجل اشترى من آخر شجراً فى قرية ، واستأجر أجراء لقلعها ، وذهب بهم إلى موضع الشجرة ، ثم إن البائع مع المشترى تقايلا البيع فى الشجرة ، ولم يتهيأ قلع الشجرة هل يجب للأجراء أجر الذهاب ، فقلنا : إن استأجر الأجراء ليذهبوا إلى موضع الشجرة ، ويقلعوها فلهم أجر الذهاب ؛ لأن العقد انعقد على شيئين على الذهب والقلع ، وإن استأجرهم بقلع الشجرة ، ولم يتعرض للذهاب فى العقد ، فلا أجر لهم .

١٣٩٠١ -وفى "النوازل" : رجل اكترى دابة إلى بلدة ليحمل من هناك حمولاته ، فجاء المكارى ، فقال : ذهبت فلم أجد الحمل ، فإن صدّقه المستكرى فى ذلك ، فعليه أجر الذهاب خالى من غير حمل ، وقوله : إلى بلدة كذا بمنزلة قوله : ليذهب بها إلى بلدة كذا .

١٣٩٠٢ -وفى "فتاوى الفضلى" : استأجر دابة فى المصر ليحمل الدقيق من الطاحونة ، أو ليحمل الحنطة من قربة كذا ، فذهب فلم يجد الحنطة قد طحنت ، أو لم يجد الحنطة فى القربة ، فعاد إلى المرص ، ينظر إن كان قال : استأجرت منك هذه الدابة من هذه البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا ، يجب نصف الأجر ؛ لأن الإجارة وقعت صحيحة من البدة إلى الطاحونة من غير حمل شىء ، فيجب نصف الأجر بالذهاب ، ثم الإجارة من الطاحونة إلى البلدة إنما كانت بشرط حمل الدقيق ، ولم يوجد فلا يجب الأجر ، فأما إذا كان قال : استأجرت منك هذه الدابة بدرهم ، حتى أحمل الدقيق من الطاحونة ، فهنا لا يجب الأجر فى الذهاب .

١٣٩٠٣ -وفى "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله" : استأجر رجلا ليذهب إلى

موضع كذا، ويدعو فلانًا بأجر مسمّى، فذهب الرجل إلى ذلك الموضع، فلم يجد فلانًا، يجب الأجر.

وفي "الأصل": استأجر رجلا ليقطع له الأشجار في قرية بعيدة، ولم يتعرض للذهاب والمجيء، فلا أجر على المستأجر في ذهابه ومجيئه؛ لأن المعقود عليه العمل، وهو قطع الأشجار، ولم يعمل في ذهابه ومجيئه -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثانى والعشرون
فى التصرفات التى يمنع المستأجر عنها والتى لا يمنع، وفى تصرفات الآجر

١٣٩٠٤-وإذا استأجر دارًا أو بيتًا، ولم يسم الذى يريدها له حتى جازت الإجارة استحسانًا، لا قياسًا على ما مرّ قبل هذا، كان للمستأجر أن يسكنها، وأن يسكنها من شاء؛ لأن الإجارة انصرفت إلى السكنى عرفًا، ولو انصرفت إلى السكنى نصًا، كان له أن يسكنها من شاء؛ لأن الناس لا يتفاوتون فى السكنى، ولو وقع التفاوت كان يسيرًا، فلا يعتبر، فكذا ههنا، وله أن يضع متاعه فيها؛ لأن هذا من جملة السكنى، وله أن يربط فيها دوابه.

قال مشايخنا رحمهم الله: إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها إذا كان فيها موضعًا معدًا لربط الدواب، فأما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب، وما ذكر فى الكتاب، فهو بناء على عرف ديارهم؛ لأن فى ديارهم المربط يكون فى الدار لسعة دورهم، أما فى ديارنا فبخلافه، وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل مما لا يضر بالبناء، ولا يوهنه، نحو الوضوء وغسل الثياب، أما كل عمل يضرّ بالبناء[1] ويوهنه، نحو الرحى والحداد والقصارة، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه؛ لأن كل عمل هذا حاله، فهو مستثنى عن الإجارة بحكم العرف، فيعتبر بما لو كان مستثنى عن الإجارة بحكم الشرط.

توضيحه: أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين، فما يؤدى إلى فساد العين لا يكون داخلا تحت الإجارة، بعض مشايخنا قالوا: أرد بالرحى رحى الماء ورحى الثور لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع الكل، وبعضهم قالوا: إن كان رحى اليد يضر بالبناء يمنع عنه، وإن كان لا يضر بالبناء لا يمنع عنه، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها: فقد ذكر بعض مشايخنا: أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى، وبعضهم قالوا: يمنع ويؤمر بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر فى فساد البناء

(١) هكذا فى ظ، م، وكان فى الأصل "يضر البناء".

لا محالة، فلو أنه أقعد فيه قصاراً أو حداداً، أو عمل ذلك بنفسه، فانهدم شيء من البناء، ضمن قيمة ذلك؛ لأن الانهدام أثر الحدادة والقصارة، لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام، فيضاف الانهدام على الحدادة والقصارة، وأنها ليست بداخلة تحت العقد، فيكون متعدّياً فيها، فيضمن ما تلف بها، ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وإن لم ينهدم شيء من البناء من عمل الحدادة والقصارة، لا يجب الأجر قياساً؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد، ألا ترى أنه كان سبب الضمان، وإذا لم يكن داخلا تحت العقد صار الحال فيه بعد العقد، والحال قبل العقد سواء، ويجب الأجر المسمّى استحساناً؛ لأن المعقود عليه السكنى، وفي الحدادة سكنى وزيادة، فقد استوفى المعقود عليه وزيادة، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل أحد عشر، وسلمت الدابة، هناك يجب الأجر، كذا هنا.

فإن اختلف الآجر والمستأجر في ذلك، فقال المستأجر: استأجرت للحدادة، وقال الآجر: آجرت للسكنى دون الحدادة، فالقول قول الآجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلا كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع؛ ولأن الحدادة والقصارة مما لا يستحق بمطلق العقد، وإنما يستحق بالشرط، والمستأجر يدعي زيادة شرط على مطلق العقد، والآجر ينكر، والقول قول المنكر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المستأجر؛ لأن المستأجر يثبت زيادة شرط.

ومما يتصل بهذه المسألة:

١٣٩٠٥-إذا استأجر الرجل من آخر داراً على أن يقع فيها جذاذا، فأراد أن يقعد فيها قصاراً، فله ذلك إن كانت مضرتهما واحدة، أو كانت مضرة القصارة أقل، وكذلك الرحى على هذا، وإنما كان كذلك إذ ليس في ذلك على صاحب الدار زيادة ضرر لم يرضَ به.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له ذلك؛ لأن هذا خلاف من حيث الجنس، فإن الحدادة مع القصارة جنسان مختلفان، ولا عبرة للضرر والمنفعة حالة الخلاف في الجنس،

ألا ترى أن من وكل رجلا، بأن يبيع عبده بألف درهم، فباع بألف دينار لم يجز؛ لأنه خالف الجنس.

والجواب عنه أن المخالفة فيما نحن فيه فى الصفة لا فى الجنس؛ لأن أصل المعقود عليه الموضعين جميعًا السكنى بالدار إلا أن صفة السكنى تختلف، والمخالفة متى كانت فى الصفة لا فى الجنس فالعبرة فى ذلك للضرر والمنفعة كان بمنزلة ما لو وكله بأن يبيع بألف زيوف، فباع بألف جياد، جاز ذلك.

قال: رجل تكارى منزلا أو دارًا من رجل على أن يسكن فيها، فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعامًا حنطة وشعير أو تمر أو غير ذلك، وأراد رب الدار أن يمنعه، قال: لأنه يخرب الدار، فليس له ذلك، علّل، وقال: لأن وضع هذه الأشياء من جملة السكنى الذى يرتفق الناس بها من المسكن، فيكون داخلا تحت العقد، فلايكون لصاحب الدار أن يمنعه من ذلك، كما لا يمنعه من السكنى.

١٣٩٠٦-رجل استأجر دارًا، وحفر فيها بئر الماء[1] ليتوضأ فيها، فعطب فيها إنسان، ينظر إن كان حفر بإذن رب الدار، فلا ضمان، كما لو حفر رب الدار بنفسه، وهذا لأنه غير متعدّ فى الحفر بإذن رب الدار؛ لأن لرب الدار حفره بنفسه، فكان له الإذن بالحفر، والمسبب إذا لم يكن متعديًا فى التسبيب لا يضمن، وإن كان قد حفر بغير إذن رب الدار فهو ضامن؛ لأنه متعدّ فى الحفر بغير إذن رب الدار؛ لأنه حفر فى موضع ليس له حق الحفر؛ لأن الحفر تصرف فى رقبة الدار، والمستأجر يملك التصرف فى منفعة الدار لا فى رقبته.

١٣٩٠٧-رجل استأجر من رجل حانوتًا وحانوتًا آخر من رجل آخر، فنقب أحدهما إلى الآخر يرتفق بذلك، فإنه يضمن ما أفسد من الحائط، ويضمن أجر الحانوتين بتمامه، أما يضمن ما نقب الحائط لأنه نقب حائط غيره بغير أمره، وعليه أجر الحانوتين كملا، وإن ضمن بعض ما استأجر.

فرق بين هذا، وبين مسألة تأتى بعد هذا، وصورتها: إذا استأجر بيتًا، ولم يشترط أنه يقعد فيها قصارًا، أو حدادًا، فقعد فيه قصارًا أو حدادًا حتى انهدم البيت،

---

(١) هكذا فى الأصل وم.

قال: يضمن ما انهدم، ولا أجر عليه فيما ضمن، فقد أسقط عنه أجر ما ضمن فى تلك المسألة، ولم يسقط شيئًا من الأجر ههنا، وإنما فعل هكذا لأن النقب فى مسألتنا لم يضر بالسكنى؛ لأنه نقب ليرتفق به، لا ليضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل مثل هذا بآفة سماوية، فإنه لا يخيّر المستأجر إذا لم يضر بالسكنى، وإذا لم يضر هذا النقب بالسكنى صار مستوفيًا جميع المعقود عليه من ملك الآجر بتمامه، فكان عليه جميع الأجر.

فأما فى المسألة التى تأتى بعد هذه وضع المسألة أنه انهدم البيت كله، وانهدام البيت كله مما يضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل هذا بآفة سماوية يخير المستأجر [المشتري] المشترى، فإذا حصل بفعل المستأجر، وصار قدر ما ضمن ملكًا له من وقت العقد، سقطت حصته من الأجر؛ لأنه لم يستوفِ جميع ما ورد عليه العقد من تلك الأجر، بل استوفى البعض من ملكه، والبعض من ملك الآجر.

١٣٩٠٨-وإذا تكارى منزلا من رجل سنة بعشرة دراهم، فخرج الرجل من البيت وخلف[1] أهله واكتروا من المنزل بيتًا، أو انزلوا إنسانًا بغير أجر، فانهدم البيت الذى أسكنوه فيه، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم من سكنى الساكن أو من غيره، وفى الحالين لا ضمان على المستأجر؛ لأنه لم يوجد منه جناية، وهل يضمن الأهل والساكن إن حصل الانهدام لا من سكناه، فلا ضمان على واحد منهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله الآخر، وعلى قول محمد رحمه الله: يجب الضمان بناء على أن الدور والعقار لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر، وعلى قول محمد رحمه الله: يضمن والأهل غاصب، والساكن غاصب الغاصب، ويكون لصاحب الدار الخيار على قوله، فإن ضمن الأهل لا يرجع على الساكن، وإن ضمن الساكن، فالساكن يضمن بالإجماع، فالعقار يضمن بالاتلاف بالإجماع، والساكن متلف هنا، لما انهدم من سكناه، وهل له تضمين الأهل، فالمسألة على الاختلاف الذى ذكرنا.

١٣٩٠٩-وإذا تكرى منزلا ولم يسم ما يعمل فيه، فقعد فيه حدادًا أو قصارًا، فهذا على وجهين: إما إن انهدم الدار من عمله، وفى هذا الوجه على ضمان ما انهدم، وقد

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "وعمل".

مرت هذه المسألة فى أول هذا الفصل، قال: ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأنه ملك المضمون بالضمان من وقت العقد؛ لأن سبب الضمان مجموع عمل الحدادة والقصارة، لا الجزء الآخر الذى حصل الانهدام مضافًا إلى الكل، صار هذ العمل من وقت العقد بسبب ضمان، فيملكه من ذلك الوقت، وإذا ملك المضمون من ذلك الوقت، انقطع به الإجارة، فلا يكون عليه الأجر فيما ضمن، ولم يقل فى الكتاب أنه هل يجب الأجر فيما لم يضمن، وهو الساحة، وينبغى أن يجب؛ لأن امتناع الوجوب فيما ضمن لثبوت الملك للمستأجر فيما ضمن من وقت العقد، ولم يثبت له الملك فى الساحة[1]، لأن الملك حكم الضمان، ولا يجب الضمان فى الساحة، وإن لم ينهدم الدار من عمله يجب الأجر استحسانًا، وقد مرّ وجهه فى أول هذا الفصل.

١٣٩١٠ - وإذا ربط المستأجر دابته على باب الدار المستأجرة، فضربت إنسانًا فمات، أو هدمت حائطًا، ، فلا ضمان عليه؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق المنزل عرفًا، فالناس فى عاداتهم يرتفقون بالمساكن بربط الدواب، وإذا كان هذا مرافق السكنى عرفًا ملكه المستأجر بالإجارة، فلم يكن متعديًا فى فعله ذلك، فلايصير ضامنًا.

ولو أدخل صاحبا الدار دابته فى الدار المستأجرة، أو ربطها على بابها، فأوطأت إنسانًا، فهو ضامن إلا إذا فعل ذلك بإذن المستأجر، أو دخل الدار متعهدًا ليرم منها ما استرمّ، وهذا لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق السكنى، والسكنى بالإجارة صار للمستأجر، فكذا ما كان من مرافقه، وإذا صار للمستأجر لا يبقى للآجر، فكان الآجر بعد ذلك فى هذا والأجنبى سواء.

وهذا بخلاف ما لو أعار رجل داره من رجل، ثم إن المعير ربط دابته على باب الدار، وضربت إنسانًا، أو هدمت جدارًا، فإنه لا ضمان؛ لأن بعد الإعارة بقى للمعير ولاية ربط الدابة على بابها، فلا يكون متعديًا فى فعل ذلك.

١٣٩١١ - وإذا تكارى دارًا من رجل شهرًا بدرهم، وفى الدار بئر، فأمر الآجر المستأجر أن يكنس البئر، ويخرج ترابها منها، فأخرج وألقاها فى صحن الدر، فعطب به إنسان، فلا ضمان على المستأجر، سواء أذن له رب الدار أن يلقى التراب فى صحن الدار

(١) وفى م "المساحة".

أو لم يأذن؛ لأن وضع التراب على ظهر الدار من جملة الانتفاع بالدلو، وللمستأجر ذلك، ألا ترى أنه له أن يضع لبنة نفسه وتراب نفسه فى صحن الدار، فكان له وضع هذا التراب فى صحن الدار أيضًا، وإذا كان له ذلك لم يكن هو فى هذا الفعل متعديًا، فلا يضمن كما لو وضع أمتعة أخرى لنفسه.

فرق بين هذا وبينما إذ حفر المستأجر بئرًا فيها بغير إذن رب الدار، والفرق: أن الحفر تصرف فى رقبة الدار، وليس بانتفاع بالدار، وبعقد الإجارة لا يملك التصرف فى رقبة الدار، فمتى كان بغير إذن رب الدار، كان متعديًا فيه، فيضمن ما ملك به.

هذا إذا كنس المستأجر البئر، وألقى الطين فى صحن الدار، وإن فعل الآجر ذلك، وألقى الطين فى صحن الدار، فعطب به إنسان إن فعل ذلك بإذن المستأجر، فلا ضمان، وإن فعل بغير إذن المستأجر، فعليه الضمان.

والجواب فيه نظير الجواب فيما إذا وضع متاعًا آخر له فى الدار المستأجرة، فعطب[1] به إنسان، وهذا لأن وضع الشىء فى الدار من جملة الانتفاع بالدار، والانتفاع بالدار صار للمستأجر بعقد الإجارة، فلم يبق للآجر، فيصير متعديًا فى ما صنع[2]، هذا إذا حصل إلقاء التراب فى صحن الدار، وإن حصل الإلقاء خارج الدار فى طريق المسلمين، فعطب به إنسان، فالملقى ضامن الآجر والمستأجر فى ذلك على السواء، إذ ليس لواحد منهما ولاية شغل الطريق بالتراب وغيره.

١٣٩١٢-رجلان استكريا بيتين فى دار كل واحد منهما بيتًا على حدة، فعمل كل واحد منهما، وأعطى صاحبه بيته، وسكن فيه صاحبه، فانهدم أحد البيتين، أو كلاهما، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما مستأجر أسكن غيره فيما استأجر، وإن سكن كل واحد منهما بيت صاحبه من غير إذن صاحبه، فإنه يضمن كل واحد منهما ما انهدم من سكناه عندهم جميعًا؛ لأن كل وحد منهما صار غاصبًا للبيت الذى سكن فيه، وما انهدم من غير سكناه ففى وجوب الضمان خلاف معروف، ولا أجر على المستأجر فى بيته؛ لأن المستأجر قد غصب منه.

---

(١) هكذا فى ظ، م، وكان فى الأصل "فقتل".

(٢) وفى الأصل "فى ما وضع".

١٣٩١٣-رجلان استأجرا حانوتًا يعملان فيه هما بأنفسهما، فاستأجر أحدهما آجرًا، وأقعدهم فى الحانوت مع نفسه، وأبى صاحبه ذلك، قال: له أن يقعد فى نصيبه من شاء ما لم يدخل على شريكه ضرر بيّن، بأن يصير آخذًا شيئًا من نصيب صاحبه بيقين بإقعاد أجراءه، وهذا لأن كل واحد منهما ملك منفعة نصف الحانوت، فكان لكل واحد الانتفاع به لا الزيادة على ذلك، وإن أراد أحدهما أن يبنى فى وسط الحانوت بناء، فليس له ذلك؛ لأنه تصرف فى رقبة الحانوت، وليس للمستأجر ذلك.

وإذا بنى المستأجر تنّورا أو كانونا فى الدار المستأجرة، فاحترق بعض بيوت الجيران، واحترق بعض الدار، لا ضمان عليه، فعل[1] بإذن رب الدار أو بغير إذنه؛ لأن هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغيّر هيئة الباقى إلى نقصان، بخلاف الحفر لأنه تصرف فى رقبة الدار، وبخلاف البناء؛ لأنه يوجب تغير هيئة الباقى إلى نقصان، فإن صنع المستأجر فى نصب التنور شيئًا لا يصنعه الناس من ترك الاحتياط فى وضعه، أو أوقد نارًا لا يوقد مثله فى التنور فى البيوت، كان ضامنًا -والله أعلم-.

(١) وفى الأصل "فعله".

الفصل الثالث والعشرون
فى استئجار الحمّام والرحى

١٣٩١٤ -وإذا استأجر الرجل حمامًا شهورا معلومة بأجر معلوم، فهو جائز ؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فيجوز كما لو استأجر دارًا أو بيتًا، فإن كان حمامًا للرجال وحمام للنساء، وقد حدّدهما جميعًا إلا أنه سمّى فى الإجارة حمامًا، فالقياس أن لا تجوز هذه الإجارة، وفى الاستحسان : يجوز.

وجه القياس أن المعقود على مجهول، وجهالة المعقود عليه توجب فساد الإجارة، كما لو قال : استأجرت منك أحد هذين الحمامين، وإنما قلنا : ذلك ؛ لأنه استأجر حمامًا، والحمام اسم للفرد، لا للتثنية، وإذا كان اسما للواحد كان المستأجر أحدهما، فيكون المعقود عليه مجهولا، فهذا وجه القياس.

ووجه الاستحسان : أن المعقود عليه معلوم، فتكون الإجارة جائزة، كما لو قال : استأجرت هذين الحمامين، وإنما قلنا : ذلك، وذلك لأن التثنية إن لم توجد نصّا وجد معنى التحديد، فإنه حدّد الحمامين جميعًا، والثابت بالتحديد كالثابت نصًا.

فإن قيل : إن يثبت التثنية لم تقبت التثنية بعتبار التسمية، فإنه سمى الحمام، وإنه اسم للفرد لا للتثنية، فإن جاز باعتبار التحديد لا يجوز باعتبار التسمية، فلايجوز.

والجواب : عنه أن التثنية ثبتت بالتحديد من حيث المعنى حقيقةً، وبالتسمية من حيث المجاز، فإن الحمام يذكر فى العرف باسم المفرد، ويراد به التثنية، فإنه يقال : هذا حمام فلان، وإن كان حمامان، وإذا ثبتت التثنية باعتبار التحديد معنى باعتبار التسمية من حيث المجاز ترجح جانب الجواز.

قال مشايخنا رحمهم الله : هذا إذا كان باب الحمامين واحدًا، والدهليز واحدًا، أما إذا كان لكل واحد منهما باب على حدة لا يجوز العقد حتى يسميهما، وعمارة الحمام فى إصلاح قدره ومسيل ماءه، وما لا يتهيأ الانتفاع إلا به على الآجر ؛ لأنه من مرافق

الحمام، فيكون في إصلاحه إصلاح الحمام، وإن شرط المرمّة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن قدر المرمة تصير أجرة، وأنه مجهول.

ولو شرط رب الحمام على المستأجر عشرة دراهم كل شهر لمرمته مع الأجر كان جائزًا؛ لأن جميع الأجر معلوم، وهذه هي الحيلة لجواز الإجارة متى أراد أن يجعل بعض المرمة أجرًا يبين قدر ما يحتاج إليه للمرمة في الإجارة، ثم يأمره بصرف ذلك إلى المرمة، فيصير وكيلا من جهة بالإنفاق عليه، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك فيه خلافًا، من مشايخنا رحمهم الله من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز هذا التوكيل إذا لم يعين الأجراء وباعة الآلات؛ لأن المصروف إليه الدين يكون مجهولا، وهذا يمنع جواز الوكالة على مذهبه، كما لو قال: أسلم مالي عليك من الدين ولم يعين المسلم إليه، ومنهم من قال بأنه يجوز بلا خلاف، فيحتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة البيوع.

ووجه الفرق له وهو أن حالة التوكيل يشترى الآلة، واستئجار الأجراء الأجرة غير واجبة حتى يكون آمرًا صرف الدين إلى المجهول، فلا يجوز، وإذا لم تكن الأجرة واجبة حالة التوكيل كان بمنزلة ما لو وكله هذا قبل الإجارة، وقبل الإجارة لو وكله بهذا جازت هذه الوكالة، وإن لم يعين بائع الآلة، ولا الأجراء؛ لأنه ليس له على الوكيل دين، حتى يصير آمرًا له بصرف الدين إلى المجهول، فجاز، كذلك هذا، بخلاف مسألة السلم؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل، فإذا وكله بذلك، ولم يعيّن المسلم إليه، فقد أمر بصرف ما عليه من الدين إلى المجهول، فلم يجز، كما لو قال: أدّ مالي عليك رجلا من عرض الناس، حتى قالوا: لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب أن لا تجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله ما لم يعين الأجر، أو باعة الآلات، كما في مسألة السلم.

فإن قا المستأجر: قد رممت الحمام بها لم يصدق، والقول قول رب الحمام؛ لأنه يدعي إيفاء ما عليه من الأجر، ورب الحمام ينكر، فيكون القول قول رب الحمام، إلا أن يقيم البينة على ذلك، كما لو ادّعى الإيفاء حقيقةً، وإن أراد المستأجر أن يقبل قوله في ذلك من غير حجة، فالحيلة أن يدفع العشرة[1] إلى رب الحمام، ثم يدفعها رب الحمام

(١) وكان في الأصل "العشرين".

إليه، ويأمره بإنفاقها فى مرمة الحمام، فيكون أمينًا.

وحيلة أخرى لإسقاط الحجة عن المستأجر أن يجعلا لمقدار المرمة عدلا حتى تكون القول قول العدل فيما ينفق ؛ لأن العدل أمين.

وليس لرب الحمام أن يمنع المستأجر بين الماء ومسيل ماء الحمام، أو موضع سرقينه، وإن لم يشترطه، وكذلك كل شىء لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بالحمام إلا به، فهو على هذا وإنما كان كذلك لأن هذه الأشياء من مرافق الحمام، ومرافق المستأجر تدخل فى الإجارة من غير شرط ؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع بالمستأجر إلا به، كما يدخل الطريق.

قال: ولو أن مسيل ماء الحمام امتلأ، فإنه يجب على المستأجر تفريغ ذلك ظاهرًا كان أو باطنًا، إن كان ظاهرًا فلا إشكال، وإن كان باطنًا، فكذلك يجب على المستأجر، بخلاف البالوعة إذا امتلأ من جهة المستأجر، فإن التفريغ يجب على الآجر.

ووجه الفرق أن تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شىء من البناء، لأنه يكون مجصصا مسقفًا يمكن تنقيته بالدخول فيه من غير نقض شىء من البناء، فأشبه ظاهر الأرض من ذا الوجه، بخلاف بئر البالوعة ؛ لأنه لا يمكن تفريغه إلا بنقض شىء من البناء، ولا يملك المستأجر نقض شىء من البناء، إنما يملكه رب الدار، فجعل على رب الدار، وإن حصل الشغل من جهته.

قال: فلو أن رب الحمام اشترط على المستأجر نقل الرماد والسرقين، فإن ذلك لا يفسد الإجارة ؛ لأنه شرط فى الإجارة ما تقتضيه الإجارة من غير شرط ؛ لأن نقل الرماد والسرقين الذى اجتمع من عمل المستأجر عليه، فلا يوجب فسد الإجارة، وإن شرط على رب الحمام أوجب فساد الإجارة ؛ لأنه شرط فيها ما لاتقتضى الإجارة، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيوجب فساد العقد.

١٣٩١٥ -قال: وإذا استأجر رجل من رجل حمامين أشهرًا مسماة كل شهر بأجر معلوم، فانهدم أحدهما، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم أحدهما قبل القبض، أو بعده، فإن انهدم أحدهما قبل القبض، كان المستأجر بالخيار فيما بقى، إن شاء أخذ الباقى بحصته من الأجر، وإن شاء ترك ؛ لأن الصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام فيما وجب تسليمه جملة بحكم العقد، فكان له الخيار فى الباقى، كما لو اشترى عبدين،

فهلك أحدهما قبل القبض، كان له الخيار فى الباقى، وإن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، فكذلك هذا.

فرق بين هذ وبين ما إذا استأجر حمامًا سنة بكذا، فلم يسلم إلى المستأجر شهرين، ثم سلم فى الباقى، وأبى المستأجر، فإنه يجبر على قبضه، والصفقة تفرقت على المشترى قبل التمام، ولم يثبت الخيار للمستأجر ثمة، وإنما يثبت ههنا.

ووجه الفرق بينهما أنه متى كان للمستأجر حمامًا واحدًا ولم يسلم فى بعض المدة، فإنما تفرقت الصفقة فى حق المدفع، لا فى حق العين، فإنه سلّم العين كله؛ لأنه لم يفت من العين شىء، وتفرق التسليم فى حق المنافع لا يثبت للمشترى خيارًا؛ لأنه لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جملة؛ لأن ليس فى وسع الآجر ذلك، وإنما استحق عليه تسليمه متفرقًا على حسب ما يوجد، وتفرق التسليم فيما لا ستحق عليه تسليم جملة لا يثبت للمشترى خيارًا، كما لو ملك أعيانًا بصفقات متفرقة، فأما إذا هلك أحد الحمامين، فقد تفرق على المستأجر تسليم ما استحق على الآجر تسليمه جملة قبل التمام؛ لأنه تفرق التسليم فى حق العين، وقد استحق على الآجر تسليمه جملة، وتسليم العين جملة ممكن، وتفرق التسليم قبل التمام على العاقد فيما استحق تسليمه جملة يثبت له خيارًا، فقد فرّق بين المسألتين من هذا الوجه.

هذا إذا انهدم أحدهما قبل القبض، فأما إذا انهدم أحدهما بعد القبض، فلا خيار للمستأجر؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام على وجه لم يوجب تعيب الباقى، فإن انهدام[1] أحدهم لا يوجب خللا فى منفعة الباقى لتباين مرفقها، وتفرق الصفقة بعد التمام إذا لم يوجب تعييب الباقى لا يثبت للمشترى خيارًا، كما لو اشترى عبدين، وقبضهما، ثم هلك أحدهما بعد القبض، قالوا: وعليه إشكال كان يجب أن يثبت الخيار ههنا، وإن انهدم أحدهما بعد القبض؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام؛ لأن المنافع لم تصر مقبوضة بقبض الحمام، ولا تتم الصفقة إلا بقبض المعقود عليه إلا أن الجواب عن هذا الإشكال ما ذكرنا أن الصفقة فى حق المنافع لا تثبت للسمتأجر خيارًا؛ لأنه لم يستحق الآجر تسليمه جملة؛ لأنه ليس فى وسع الآجر ذلك، وإنما استحق تسليمه

(١) وفى م "فإن انهدام أحدهما قبل القبض، فأما لا يوجب خللا".

متفرقًا عل حسب ما وجد، وتفريق التسليم فيما استحق تسليمه متفرقًا لا يثبت للعاقد خيارًا.

فأما إذا انهدم قبل القبض فقد تفرق التسليم فى حق العين قبل التمام، وتفرق التسليم فى حق العين يثبت للعاقد خيار الفسخ؛ لأنه استحق تسليم جملة لما كان فى وسع الآخر تسليمه جملة، هذا إذا كان المستأجر حمامين، فأما إذا كان المستأجر حمامًا واحدًا، ثم انهدم بيت منها، كان له الخيار، سواء انهدم قبل القبض أو بعده، أما قبل القبض فله الخيار لوجهين: أحدهما: أن الصفقة تفرقت فى حق العين قبل التمام، والثانى: أن انهدام بيت منها يوجب تعييبًا فى منفعة الباقى؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها منفعة الحمام إلا بالكل، وإن انهدم بعد القبض يثبت له الخيار بسبب العيب؛ لأن انهدام بيت منها أوجب خللا فى منفعة الباقى، وأنه عيب حدث قبل قبض المعقود عليه، فأثبت للمستأجر خيارًا.

١٣٩١٦-قال: وإذا استأجر الرجل حمامًا وعبدًا ليقوم على الحمام، فهلك العبد أو الحمام، فهذا على وجهين: إما إن هلك أحدهما قبل القبض أو بعده، فإن هلك أحدهما قبل القبض أيهما ما كان عبدًا أو حمامًا، كان له الخيار؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام فى حق العين، وأنه يثبت للمشترى خيارًا؛ لأنه يمكن تسليم العين جملة، وإن قبضهما، ثم هلك أحدما إن هلك العبد، فلا خيار له فى الحمام؛ لأن هلاك العبد لا يوجب خللا فى منفعة الحمام، ويمكنه استعمال الحمام فيما استأجره له بعبد آخر أو بنفسه، والصفقة فى حق العين تفرقت بعد التمام، وإن انهدم الحمام، كان له الخيار فى العبد؛ لأنه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له؛ لأنه استأجره ليقوم فى هذا الحمام، فإذ انهدم الحمام، فقد عجز عن استعمال العبد فيما استأجر له، فكان له الخيار، كما لو استأجر دكان ليتّجر فيه فأفلس.

١٣٩١٧-إذا استأجر حمامًا بغير قِدر واستأجر القدر من غيره، فانكسر القدر، فلم يعمل فى الحمام أشهرًا، وقد استكراه سنة، فطلب صاحب الحمام أجره، وصاحب القِدر أجر قدره، قال: على أجر الحمام؛ لأنه متمكن من الانتفاع بعد انكسار القدر، فإنه يمكنه أن يستأجر قدرا آخر، فينتفع به، وإذ بقى التمكن من الانتفاع بعد انكسار

القدر، وجب الأجر، وإن لم ينتفع به، كما قبل انكسار القدر، فأما ليس عليه أجر القدر لأنه لم يبقَ متمكن من الانتفاع بالقدر بعد الانكسار، ومتى فات التمكن من الانتفاع، فإنه لا يجب الأجر، كما لو هلك العبد المستأجر، وسيأتى بعض مسائل الحمام بعد هذا -إن شاء الله تعالى وحده العزيز-.

١٣٩١٨-قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا استأجر رحى بالبيت الذى هو فيها، ومتاعها بعشرة دراهم كل شهر، ثم طحن فيها طحنًا بثلاثين درهمًا فى الشهر، فربح عشرين، هل تطيب له الزيادة، فهذا على وجهين: إما إن أصلح فيه شيئًا ينتفع به فى الرحى، بأن كرى نهرها، أو نقب الحجر، أو لم يصلح، فإن لم يصلح فإن كان يلى الطحن بنفسه تطيب له الزيادة؛ لأنه أجر الرحى ونفسه، فالزيادة على أجر الرحى يجعل بإزاء منفعة نفسه، فيجوز.

فأما إذا كان رب الطعام هو الذى يلى الطحن بنفسه، فإنه لا تطيب له الزيادة؛ لأنه ليس بإزاء الزيادة عوض، فيكون ربح ما لم يضمن، فلا تطيب، وإن كان أصلح شيئًا فإن تطيب له، وإن لا يلى الطحن بنفسه، وتحصيل الزيادة بإزاء منفعة ما أصلح، فلا يكون ربحًا، فتطيب له.

١٣٩١٩-قال فى "الأصل" أيضًا: وإذا استأجر الرجل من الرجل موضعًا على نهر ليبنى عليه بيتًا، ويتخذ عليه رحى على أن الحجارة والحديد والمتاع من عند المستأجر، فهو جائز؛ لأنه آجر أرضًا مملوكًا ليبنى فيها بناء مدة معلومة بأجر معلوم، فيكون جائزًا، كما لو استأجر أرضًا ليبنى عليها منزلا أو دارًا، فإن انقطع ماء النهر، كان عذرًا فى فسخ الإجارة؛ لأن بناء الرحى إنما يكون لمنفعة الطحن، فإذا فاتت منفعة الطحن، كان عذرًا فى فسخ الإجارة، وكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتّجر فيه، فأفلس كان عذرًا فى فسخ الإجارة، فكذلك هذا، فإن فسخ الإجارة لم يبقَ لواحد منهما على صاحبه سبيل، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه فى الفسخ، كما لو أزال الإفلاس فى مسألة الحانوت قبل الفسخ، وهل يسقط عن الأجر بحساب ما انقطع من الماء، أو لايسقط، لم يذكر هذا فى الكتاب.

قالوا: ويجب أن لا يسقط؛ لأن ما هو المعقود عليه قائم بأجمعه؛ لأن المعقود عليه

منفعة، وضع البناء على هذا المكان لا منفعة الطحن، فإنه لم يستأجر الرحى، إلا أن المقصود من وضع هذا البناء الطحن، فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد، والأجر يقابل المعقود عليه، لا الثمرة، وكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيه، فأفلس فلم يفسخ حتى مضى الشهر، لم يسقط شىء من الأجر؛ لأن المعقود عليه السكنى، وأنه قائم إلا أن السكنى كان للتجارة، ففوات التجارة فى بعض مدة الإجر أثبت للمستأجر حق الفسخ، ولا يوجب سقوط شىء من الأجر، فكذلك هذا، بخلاف ما لو استأجر الرحى؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة الطحن، وقد فات فى مدة انقطاع الماء، فلا بد من أن يسقط الأجر بقدره، وإذا خاف أن ينقطع الماء، فيفسخ الإجارة، فاكترى البيت والحجرين والمتاع خاصة، فهو جائز، لما ذكرنا، وإن انقطع الماء يكون عذرًا؛ لأن بيت الرحى مستأجرًا لمنفعة الطحن.

وكذلك لو شرط أن لا خيار متى انقطع الماء لا يكون لهذا الشرط عبرة؛ لأنه شرط عليه الأجر حال فوات المعقود عليه قبل القبض، فهذا شرط باطل، كما لو شرط البائع الثمن على المشترى متى هلك المبيع فى يده، كان هذا الشرط باطلا، فكذلك هذا.

١٣٩٢٠-وإذا استأجر الرجل رحى ماء على أن يطحن فيها حنطة، فطحن فيها غير الحنطة، هل يصير مخالفًا إن كان ضرر ما طحن مثل ضرر الحنطة أو دونه، لا يكون مخالفًا؛ لأنه خلاف صورة لا معنى، وإن كن فى الضرر فوق ضرر الحنطة يكون مخالفًا، فيعتبر فيه أحكام الغصب.

١٣٩٢١-قال: وإذا استأجر الرجل رحى من رجل، وبيتًا من آخر، وبعيرًا من آخر، فاستأجر الكل صفقة واحدة كل شهر بأجر معلوم، فآجروا ذاك، فهو جائز؛ لأنه لو أفرد العقد على كل واحد من هذه الأشياء جاز، فكذا إذا أجمع بين الكل فى عقد واحد، وصار كما لو اشترى هذه الأشياء جملة منهم صفقة واحدة، فإنه يجوز ويقسم الثمن بينهم على قدر قيمة أموالهم، فكذا ههنا، فإن لم يؤاجروا، ولكن اشتركوا على أن يكون من عند أحدهم الرحى، ومن الآخر البيت، ومن الآخر الجمل على أن يؤاجروا ذلك، فما رزق الله تعالى من شىء كان بينهم أثلاثًا، كانت الشركة فاسدة؛ لما ذكرنا فى كتاب الشركة: أن الشركة مبناها على الوكالة، والتوكيل على هذا الوجه باطل، كما لو

حصل التوكيل بمثل هذا في بيع العين، بأن قال: بع عبدي ليكون الثمن بيني وبينك، كان التوكيل باطلا، وإذا كان التوكيل باطلا فسدت الشركة.

بعد هذا ينظر إن آجروا الجمل لعينه دون البيت والرحى، فإن أجر الجمل لصاحب الجمل؛ لأنه عوض ملكه، ويكون على صاحب الجمل أجر مثل البيت وأجر مثل الرحى، لا يجاوز ثلث أجر البعير عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجاوز بالغًا ما بلغ، لما لو قال: بع عبدي ليكون الثمن بيني وبينك، يكون الثمن كله لصاحب العبد؛ لأنه عوض ملكه، ويكون للبائع أجر مثل عمله، لا يجاوز نصف الثمن في قول أبي يوسف، وعند محمد رحمهما الله: يجب بالغًا ما بلغ، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الشرك.

وكذلك إن آجروا البيت بعينه، أو آجروا الرحى، فالأجر كله لصاحب البيت، أو لصاحب الرحى، وعلى صاحب البيت أجر مثل الجمل، وأجر مثل الرحى.

وإن اشتركوا على أن يتقبلوا الأعمال من الناس، كان جائزًا؛ لأن الشركة مبناها على الوكالة، والتوكيل يتقبل الأعمال جائز، فكانت شركة التقبل جائزًا، بخلاف الفصل الأول؛ لأنهم ما اشتركوا لتقبل الأعمال، وإنما أشركوا ليؤاجروا مال كل واحد منهم ليكون أجر ذلك بينهم، والشركة على هذا الوجه فاسدة.

١٣٩٢٢-قال: وإذا كان لرجل بيت ونهر ورحى، ومتاعها، فانكسر الحجر الأعلى، فجاء رجل، فنصب مكانه حجرًا بغير أمر صاحبه، وجعل يطحن للناس بأجر معلوم، ويتقبل للطعام بالأجر، فهو مسيء في ذلك، ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب لما عدا الحجر الأعلى، والغاصب إذا آجر ما غصب لا أجر عليه، والأجر يكون له، ويكون مسيئًا، وكذلك هذا.

ولو كان وضع الحجر الأعلى برضا من صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان، وعلى أن يعملا بأنفسهما، كان هذا مثل الباب الأول، يعني متى آجروا الحجر الأعلى كان جميع الأجر لصاحب الحجر الأعلى، وإن تقبل كل واحد منهم، فهو بينهم على قياس مسألة الحمل، لا فرق بينهما.

فإن قيل: ليس على قياسه، فإن الحجر الأعلى لا يمكن أن ينتفع به وحده، قلنا:

والحمل مما لا يمكن أن ينتفع به وحده في عمل الطحن، فلا فرق بينه وبين الحجر، فإن قلت: ينتفع به في غير الطحن، قلنا: والحجر ينتفع به في غير الطحن، فلا فرق بينهما.

١٣٩٢٣-قال: ولو أن رجلا بنى على نهر بيتًا، ونصب فيه رحى بغير رضا صاحب النهر، ثم تقبل الطعام، فطحن فكسب مالا، كان الكسب له؛ لأنه هو العاقد للأجرة، فيكون الأجر له، ويصير غاصبًا لأرضه، فتعتبر فيه أحكام الغصب، فيضمن ما انتقص من أرضه كغاصب الأرض، ولكن لا يضمن الماء؛ لأن الماء قبل الإحراز غير مملوك لصاحب النهر، فلا يضمن للماء شيئًا -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الرابع والعشرون
فى الكفالة بالأجر وبالمعقود عليه

١٣٩٢٤ -وتجوز الحوالة والكفالة بالأجر فى جميع الإجارات ، سواء كانت الأجرة واجبة وقت الكفالة باستيفاء المنافع أو باشتراط التعجيل ، أو لم تكن واجبة إن كانت واجبة ، فلأن الكفالة حصلت بدين مضمون على الأصيل ، يجبر الأصيل على إيفاءه ، ويمكن استيفاءه من الكفيل ، فإنه يمكنه الإيفاء من ماله ، وهذا هو الأصل فى باب الكفالة [أن الكفالة][1] متى حصلت بمضمون يجبر الأصيل على إيفاءه ، ويمكن استيفاءه من الكفيل أنها تصح ، ومتى حصلت بما ليس بمضمون على الأصيل لا يجبر الأصيل على إيفاءه ، أو حصلت بما هو مضمون على الأصيل يجبر الأصيل على إيفاءه ، إلا أنه لا يمكن استيفاءه من الكفيل ، فالكفالة لا تصح ، وموضع معرفة هذا الأصل كتاب الكفالة .

وأما إذا لم تكن الأجرة واجبة وقت الكفالة ، فإن الكفالة حصلت بدين وجد سبب وجوبه ، إلا أنه لم تجب بعد ، ولو حصلت بدين سيجب فى الثانى ، ولم يوجد سبب وجوبه بعد ، كالكفالة بما يذوب له لا على فلان ، تصح الكفالة ، فهنا أولى ، وتكون على الكفيل مثل ما على الأصيل إن لم يشترط خلافه فى تعجيل أو تأجيل ؛ لأن الكفيل متحمل عن الأصيل ، فإنما يتحمل عنه ما كان عليه ، وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالأجر حتى يؤديه .

والحاصل أن الكفيل فى الحال يعرّض ذمته للمطالبة والملازمة ، وبعرض المال بعد الأداء ، فمتى طولب أو لوزم تمّ العرض فى حق المطالبة والملازمة ، فيرجع بمثل ذلك على الأصيل ، وسيأتى بيان ذلك فى كتاب الكفالة -إن شاء الله تعالى- .

وإن عجّل الكفيل الأجر ، لم يرجع على الأصيل حتى يحل الأجل ؛ لأن الكفيل متبرع فى التعجيل ، فإنما ينفذ تبرعه عليه ، لا على المكفول له عنه ، ولو اختلف الآجر والكفيل والمستأجر فى مقدار الأجر ، فقال الكفيل : هو درهم ، وقال : الأجر هو

(١) هكذا فى ف .

درهمان، وقال المستأجر: هو نصف درهم؛ فالقول قول المستأجر لإنكاره الزيادة، ويؤخذ الكفيل بدرهم، ولا يرجع على المستأجر إلا بنصف درهم؛ لأن إقراره ليس بحجة على المستأجر.

ولو أقاموا جميعًا البينة، فالبينة للآجر؛ لأنه تثبت الزيادة ببيّنة، وإذا قبلت بيّنته، صار الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وإن كانت الأجرة شيئًا بعينه بأن كانت ثوبًا بعينه وكفل به كفيل، فهو جائز؛ لأن الكفالة حصلت بمضمون على الأصيل، يجبر الأصيل على إيفاءه، والكفيل قادر على إيفاءه؛ لأنه مال موجود، فيمكنه أن يخلي بينه وبين الأجر، أو يأخذه من المستأجر، ويسلمه إلى الآجر، فإن هلك الثوب عند المستأجر برئ الكفيل؛ لأنه برئ المستأجر من تسليم الثوب، ألا ترى أنه لا يجب عليه تسليم قيمته، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ويقضى على المستأجر بأجر المثل؛ لأن الإجارة قد فسدت؛ لأنه هلك أحد البدلين الذى تعلق العقد به قبل القبض، وهذا يوجب فساد العقد فى البدل الآخر، وإذا فسدت الإجارة، وجب على المستأجر رد ما استوفى وتعذر رده صورة، فيجب رده معنى برد قيمته، وهو أجر المثل، ولايؤخذ الكفيل بأجر المثل؛ لأنه لم يكفل به إنما كفل بالثوب.

١٣٩٢٥-ولو استأجر دارًا بخدمة عبد شهرًا، وكفل بالعبد إنسان لصاحب الدار إن كفل بتسليم العبد يجوز؛ لأن الكفيل يقدر على إيفاءه؛ لأنه مال موجود، وإن كفل بخدمة العبد لا يجوز؛ لأن الكفيل لا يقدر على إيفاءه؛ لأنه ليس فى وسعه تسليم خدمته، وخدمة غيره، لا تقوم مقام خدمته، وهو نظير ما لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا، وشرط عليه خياطته بنفسه، فكفل به إنسان إن كفل بتسليم نفس الخياط صح، وإن كفل بخياطته لا تصح؛ لأنه كفل بما لا يقدر على إيفاءه؛ لأنه لا يمكنه أن يأخذه بيده حتى يخيطه، وخياطة غيره لا تقوم مقام خياطته.

وفى مسألة الخياط إن لم يشترط عليه خياطة، فكفل إنسان بالخياطة صحّ؛ لأن الكفالة فى هذه الصورة حصلت بما يقدر الكفيل على إيفاءه؛ لأن المشروط خياطة مطلقة وخياطة الكفيل خياطة، فيتمكن الكفيل من إيفاء ذلك من عند نفسه، ثم فى مسألة الخياط إذا لم تصح الكفالة بالخياطة، وخاط الكفيل رجع على صاحب الثوب بأجر مثل

عمله، وإذا صحت الكفالة، وخاط الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل عمله بالغًا ما بلغ إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأنه لو أمكنه الرجوع بعين ما أدى، فإن كان المؤدى من ذوات الأمثال، كان له الرجوع على المكفول عنه بعين ما أدى، فإن عجز عن ذلك بأن لم يكن المؤدى من ذوات الأمثال، كان له الرجوع بقيمته، وقيمة العمل أجر المثل من هذا الوجه، وكذلك هذا الحكم فى نظائره.

١٣٩٢٦-وإذا استأجر الرجل من رجل محملا وراحلة إلى مكة بأجر مسمّى، وكفل له رجل بالحمولة، فهذا على وجهين: إما إن استأجر للحمل مطلقًا، أو استأجره للحمل على إبل لا بعينها، وفى هذين الوجهين الكفالة صحيحة؛ لأن الكفالة حصلت بما يقدر الكفيل على إيفاءه؛ لأن المستحق على الأصيل حمل مطلق على أى دابة كانت فى الصورة الأولى، وعلى أى إبل كان فى الصورة الثانية، وهذا مما يمكن إيفاءه من الكفيل.

وإن استأجره للحمل على إبل بأعيانها، وكفل رجل بالحمولة لا يصح؛ لأنه لا يمكن استيفاءه عن الكفيل متى تعذر استيفاءها من هذا الإبل لمرضها [بعينها][1] أو لغصب غاصب، أو ما أشبه ذلك؛ لأن حمل دابة أخرى لا يقوم مقام حمل هذه الدابة، وهذا بخلاف ما لو كفل بتسليم هذه الإبل بأعيانها حيث يصح؛ لأن يمكن استيفاءه من الكفيل؛ لأن تسليم الدابة على صفة ما كانت الدابة ممكن حال وجوب التسليم على الكفيل، وهو نظير ما قلنا فيمن كفل بتسليم نفس الخياط أن الكفالة صحيح؛ لأن تسليم نفسه على أى صفة ما كان ممكن من جهة الكفيل، كذا ههنا.

١٣٩٢٧-ولو استأجر دارًا ليسكنها أو أرضًا ليزرعها، وكفل رجل بالوفاء بالزراعة، وبالسكنى، فهو باطل؛ لأن السكنى والزراعة غير مضمون عى المؤاجر؛ لأنه فعل المستأجر، وإنما عليه تسليم الدار والأرض والكفالة ما حصلت به، وقد ذكرنا أن الكفالة بما ليس بمضمون على الأصيل لا تصح.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا عجل المستأجر الأجر، وكفل له رجل بالأجر إن انتقضت الإجارة، فالكفالة جائزة؛ لأنها أضيفت إلى سبب الوجوب، فإن انتقاض

---

(١) هكذا فى الأصل.

الإجارة سبب لوجوب رد الأجر، وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة إذا كان شرطًا في الإجارة، أوجب فسادها؛ لأن هذه إجارة شرط فيها شرط فاسد، وإن لم يكن مشروطًا، فالإجارة لا يوجب فسادها -والله أعلم بالصوب، وإليه المرجع والمآب- .

الفصل الخامس والعشرون
فى الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر
وفى الدعاوى والخصومات، وإقامة البينات

هذا الفصل مشتمل على أنواع: نوع منه فى الاختلاف الواقع بين الشاهدين فى الأجر، وفى الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر فى البدل أو فى المبدل.

١٣٩٢٨-قال محمد رحمه الله: وإذا اختلف الشاهدان فى مقدار الأجر، فهو على وجهين: إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد، بأن وقع هذا الاختلاف قبل استيفاء المعقود عليه، فالشهادة باطلة، سواء كان المدعى يدعى أقل المالين، أو يدعى أكثر المالين، وإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين دون العقد، بأن وقع هذا الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، إن كان المدعى يدعى أقل المالين لا تقبل الشهادة عندهم بالإجماع، وإن كان يدعى أكثر المالين، فإن اتفق الشاهدان على الأقل لفظا بأن شهد أحدهما بألف وخمس مائة، والآخر بألف، والمدعى يدعى الألف والخمسمائة، تقبل الشهادة على الأقل بالإجماع، وإن لم يتفقا لفظا بأن شهد أحدهما بالألف، والآخر بألفين، والمدعى يدعى الألفين لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا، وعندهما تقبل على الأقل.

وهو نظير ما قلنا فى رجل ادعى: إنه طلّق امرأته بمال مسمّى، وأقام على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه طلق بألف وشهد الآخر أنه طلقها بألفين إن كان الزوج يدعى الألف، لا تقبل الشهادة إجماعًا، وإن كان يدعى الألفين، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق، بقى الدعوى من جهته فى إثبات المال، وفى دعوى المال الجواب على التفصيل الذى قلنا: حتى لو كان الدعوى من جانب المرأة، واختلف الشاهدان على نحو ما قلنا، لا تقبل الشهادة على كل حال؛ لأنها لا تنفرد بإيقاع الطلاق، فالحاجة فى حقها إلى إثبات العقد، والعقد بألف غير العقد بألفين.

١٣٩٢٩-ولو أن رجلا ادعى قبل رجل أنه اكتراه دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وأقام على ذلك البينة، وأقام رب الدابتين البينة أنه اكتراه إحداهما بعينها إلى بغداد بعشرة دراهم، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: بأنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بخمسة عشر درهمًا إذا كانا أجر مثلهما على السواء، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بعشرة دراهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: وكان الجواب فيه كالجواب فيما ادعى صاحب الدابة أنه آجره إلى الفرات، أو إلى الهراة، وهو المنتصف بعشرة، وقال المستأجر: لا، بل استأجرته إلى بغداد بخمسة، كأن يقول أولا: بأنه يقضى إلى بغداد باثنى عشر ونصف، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: يقضى بعشرة درهم إلى بغداد، وهو قول أبي يوسف ومحم رحمهما الله، فكذا هذا.

هذا الذى ذكرنا إذا اتفقا على جنس الأجر، فأما إذا اختلفا فى جنس الأجر، بأن قال صاحب الدابة: أكريتك إحداهما إلى بغداد بدينار، وأقام البينة على ذلك، وأقام المستكرى البينة أنه استكراهما جميعًا إلى بغداد بعشرة دراهم، فإنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار، وبخمسة درهم إذا كان أجر مثلهما على السواء.

ووجه الفرق بينهما أن فى المسألة الأولى أمكننا رد بينة صاحب الدابة؛ لأنه ثبت ببينته ما هو ثابت له بإقرار المستكرى، وهى عشرة، وبينة المستأجر قامت على إثبات إجارة دابة أخرى، ولم يثبت له ذلك بإقرار صاحب الدابة.

فأما إذا اختلفا فى جنس الأجر، فلا بد من قبول بينة كل واحد منهما؛ لأن كل وحد منهما يثبت ببينة ما هو غير ثابت له بإقرار صاحبه؛ لأن صاحب الدابة أثبت إجارة دابة واحدة بدينار، فلا بد من قبولها؛ لأن الدينار غير ثابت له بإقرار المستكرى، والمستكرى ببينته يثبت إجارة دابتين، ولم يثبت ما ادعى بإقرار صاحب الدابة، فلا بد من قبولها، وإذا أوجب قبول بينة كل واحد منهما يثبت إجارة الدابتين بدينار وبخمسة دراهم، إذا كان أجر مثلهما على السواء.

ونظير المسألة الأولى من البيع ما لو قال البائع بعتك هذا العبد بألف، وقال المشترى: لا، بل اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف درهم، فإنه يقضى بالعبد

والجاربة بألف درهم ببينة المشترى؛ لأن بينة البائع قامت على إثبات الألف، وإنه ثابت له بإقرار المشترى، فلا معنى لقبولها، فبقيت بينة المشترى، وقد أثبت شراء الجارية والعبد بألف درهم.

ونظير المسألة الثانية من البيع أن يقول البائع بعت منك هذا العبد بخمسين دينارًا، وقال المشترى: شتريت منك هذا العبد، وهذه الجارية بألف، وأقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بالعبد والجارية بخمسين دينار وبخمس مائة.

وإن قال المؤاجر: إنما آجرتك الدابة إلى هذا الموضع، وقال الراكب: لا، بل أعرتنى الدابة، وجاوزت الموضع، فهلكت الدابة، فإنه يضمن؛ لأن الإذن إنما يستفاد من جهة المؤجر، فيكون القول قوله فى مقدار ذلك، وقد أنكر الإذن فيما وراء الموضع الذى ذكره، فحصل ركوبه بغير عقد، ولا أجر عليه؛ لأن صاحب الدابة يدعى عليه أجرًا، وهو ينكر، فيكون القول قوله.

١٣٩٣٠-ولو ركب رجل دابة إلى بغداد، فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: آجرتها منك بكذا، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه إن هلكت الدابة من ركوبهما؛ لأنهما اتفقا أن الركوب كان بالإذن.

١٣٩٣١-فى "نوادر هشام" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل دفع ثوبًا إلى خيّاط، ثم قال رب الثوب: أعطيتك الثوب على أن آجره درهم، وقال الخيّاط: لم تسمّ إلى أجرًا، فالقول قول رب الثوب، وإن قال رب الثوب: لم أسمّ لك أجرًا، وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لى درهمًا، فإنه يحلف رب الثوب، وله أجر مثله؛ لأن الاختلاف على هذا الوجه إنما يقع إذا كان بين التسمة وبيّن أجر المثل تفاوتًا، فالخياط فى المسألتين يدعى زياد، ورب الثوب ينكر، فالقول قول المنكر مع يمينه، ثم إذا حلف رب الثوب يقضى للعامل بأجر المثل لاتفاقهما على الشرط الذى يقوم مقام العقد فى حق تقوم المنافع بأجر المثل.

١٣٩٣٢-وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمهما الله: رجل ادعى على غيره أنى استأجرت هذه الدار من هذا سنة، إحدى عشر شهرًا بدرهم، وشهرًا بتسعة، وأقام على ذلك بينة، وأقام رب الدار البينة أنه آجرها منه سنة بعشرة، قال: يؤخذ ببينة

رب الدار ؛ لأنه يدعى الفضل .

وعنه أيضًا : رجل أقام بينة أنى استأجرت هذه الدار من هذا الرجل شهرين بعشرة دراهم ، وأقام رب الدار بينة أنى آجرتها منه شهرًا بعشرة دراهم ، فإنى أقبل بينة رب الدار على الآجر ، فأجعلها شهرًا بعشرة ، وأجعل المستأجر فى الشهر الثانى خمسة دراهم .

قال هشام : سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل فى يديه دار سكنه شهرًا ، فأقام رجلان كل واحد منهما بينة أنها داره آجرها منه ، يعنى من صاحب اليد هذا الشهر بعينه بعشرة دراهم ، والذى فى يديه الدار ينكر دعواهما ، قال أبو يوسف رحمه الله : الدار بين المدعين نصفان ، ولكل واحد منهما خمسة دراهم استحسانًا ، والقياس أن يكون لكل واحد عشرة دراهم .

١٣٩٣٣ -رجل أقام بينة أنه آجر بيته هذا من هذا بتسعة دراهم ثلاثة أشهر ، كل شهر بثلاثة دراهم ، وأقام المدعى عليه بينة أنى استأجرت هذا البيت من هذا بثلاثة دراهم ثلاثة دراهم كل شهر بدرهم ، قال : عليه لثلاثة أشهر تسعة دراهم ، والثلاثة أشهر ثلاثة دراهم .

١٣٩٣٤ -قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : ولو أن رجلا أسلم ثوبًا إلى صبّاغ يصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ، ثم اختلفا فى الأجر بعد الفراغ من العمل ، فقال الصبّاغ : عملته بدرهم ، وقال رب الثوب : بل عملت لى بدانقين ، فأيهما أقام البينة قبلت ، فإن قامت لهما بينة يؤخذ ببينة الصباغ ؛ لأن الصباغ بينته تثبت زيادة ، وإن لم تقم لأحدهما بينة ذكر أنه يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه ، فيجعل القول قول من شهد له قيمة الصبغ ، فإن كانت الصبغ درهمًا أو أكثر ، فالقول قول الصبّاغ مع يمينه بالله ما صبغته بدنقين ، وإن كانت قيمة ما زاد الصبغ دانقين ، أو أقل ، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه بالله ما شرطت له درهمًا .

فرق بين هذا وبين المتبايعين إذا اختلفا فى مقدار الثمن قال : يتحالفان ، ولا يحكم قيمة المبيع حتى يجعل القول قول من يشهد له قيمة المبيع ، وهنا قال : يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه ، ووجه الفرق بينهما أن تحكيم قيمة المبيع لا تفيد ثمرته فى بيع العين ؛ لأن ثمرة تحكيم القيمة أن يجعل موجب العقد قسمة المعقود عليه حال اختلافهما فى مقدار البدل

كأنهما اتفقا على أن موجب العقد ذلك إلا أنهما اختلفا فيما تغير هذا الموجب أما إلى زيادة، أو إلى نقصان، ولا يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الثمن؛ لأن سبب ووب القيمة لم يوجد في بيع العين؛ لأن سبب وجوبها القبض بحكم عقد فاسد أو الغصب، وقد اتفقا على انتفاء الغصب، والعقد الفاسد حين اتفقا على عقد جائز، وإذا لم يوجد سبب وجوب القيمة لم يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب البيع حال اختلافهما في مقدار الثمن، وإذا لم يمكن إثبات موجب آخر حال اختلافهما في مقدار الثمن، كان موجب العقد ما اختلفا فيه، والمتبايعان متى اختلفا في موجب العقد تحالفا إذا كان الفسخ ممكنًا.

فأما فيما نحن فيه حال اختلافهم في مقدار الأجر أمكننا أن نجعل قيمة الصبغ موجب العقد؛ لأن سبب وجوب قيمة ما زاد الصبغ فيه قد وجد، وهو اتصال الصبغ بثوبه؛ لأن اتصال الصبغ بثوبه سبب لوجوب قيمة ما زاد الصبغ فيه على الثوب، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، لأنهما تصادقا على ذلك، ثم اختلفا فيما تعتبر[1] موجب العقد، أما إلى الزيادة أو إلى النقصان، فإن كان قيمة ما زاد فيه الصبغ درهم، كأنهما اتفق أن موجب هذه الإجارة كان درهم إلا أن صاحب الثوب يدعي البراءة ما زاد على دانقين، والصبّاغ ينكر، ولو كان كذلك كان القول قول الصبّاغ مع يمينه، ولا يتحالفان، كما في بيع العين إذا اتفقا أن العقد كان بألف، إلا أن المشترى ادعى البراءة عن خمسة مائة، والبائع أنكر، فإنهما لا يتحالفان عندهم جميعًا، فكذلك هذا.

وإن كانت قيمة الصبغ يجعل دانقين موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، كأنهما اتفقا أن الأجر كان دانقين إلا أن الصباغ قال: زدت لي على ذلك أربعة دوانق، وأنكر صاحب الثوب، ولو كان كذلك كان القول قول صاحب الثوب مع يمينه، فكذلك هذا، وإن كانت قيمة الصبغ لا تشهد لأحدهما، بأن كان نصف درهم، فإنهما يتحالفان، ذكر التحالف في هذا الفصل في بعض روايات هذا الكتاب، ولم يذكر في البعض، وإنما وجب التحالف عندهم جميعًا، وإن كان رد المعقود عليه متعذرًا، وذلك لما

(١) وفي الأصل "نقص".

ذكرنا أن الاتصال صبغ يزيد فى الثوب موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل بغير عقد، وهى قيمة ما زد الصبغ فيه، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار الأجر كأنهما اتفقا على ذلك، إلا أن صاحب الثوب ادعى البراءة عن دانق، وأنكر الصباغ، والصبّاغ ادعى زيادة نصف درهم، وصاحب الثوب أنكر، ولو كان كذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان رد المعقود عليه متعذرًا، كما فى بيع العين بعد الهلاك إذا اتفقا أن الثمن كان ألفًا إلا أن المشترى ادعى براءة خمس مائة عن الثمن، والبائع ادعى على المشترى زيادة خمس مائة على الألف، وأنكر المشترى، ولو كان كذلك تحالفا وترادّا، وإن كان رد المعقود عليه متعذرًا، فكذلك هذا، بخلاف ما إذا كان يشهد لأحدهما، فإنهما لا يتحالفان؛ لأنا نجعل قدر قيمة الصبغ موجب العقد، كأنهما تصادقا أن العقد عقد بذلك، إلا أن الذى يدعى النقصان عن قينة الصبغ بعد ذلك ادعى الزيادة على ذلك المقدر، وادعى البراءة عن ذلك، ولو كان كذلك لايتحالفان، أما هنا فبخلافه، ثم إذا حلفا لم تثبت الزيادة الذى ادعاه الصباغ، ولاتثبت البراءة التى ادعاها صاحب العقد، فوجب القضاء بنصف درهم؛ لأن موجب العقد فى هذه الحالة كأنهما اتفقا على ذلك، وكان الجواب فيه كالجواب فى مسألة النكاح إذا اختلف الزوجان فى مقدار المسمّى أنه كان ألف أو ألفان، فإنه يحكم مهر المثل عند أبى حنيفة رحمه الله[١]؛ لأن للنكاح موجب معلوم لو وقع النكاح بغير تسمية، وهو مهر المثل، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار المهر، كأنهما اتفقا على ذلك إلا أن مهر المثل إن كان يشهد للمرأة، فالزوج بدعوى الألف يدعى البراءة عن الألف والمرأة تنكر، وإن كان يشهد للزوج، والمرأة تدعى زيادة ألف على ذلك، والزوج ينكر، وإن كان لا يشهد لواحد منهما إن كان ألفًا وخمس مائة، فإنهما يتحالفان؛ لأنا نجعل ألفًا وخمس مائة موجب العقد كأنهما اتفقا على ذلك، إلا أن الزوع ادعى البراءة عن خمس مائة، والمرأة تنكر[٢]، والمرأة تدعى زيادة خمس مائة على ذلك، والزوج ينكر، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان الفسخ متعذرًا، فكذلك هذا.

وكذلك إذا كان الصبغ زعفران، فهو مثل المعصفر؛ لأنه يوجب زيادة فى الثوب،

---

(١) وفى فى "عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله".

(٢) هكذا فى ظ، م، ف، وكان فى الأصل "والمرأة تنكر وتدعى زيادة" . . . إلخ.

وإن كان الصبغ أسود، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فالجواب فيه كالجواب فى العصفر والزعفران؛ لأن لسواد موجبًا معلومًا على قولهما لو حصل بغير عقد وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيجعل ذلك موجب العقد حال احتلافهما فى مقدار الأجر كأنهما اتفقا على ذلك، ثم اختلفا فيما يغيره إما إلى زيادة أو إلى نقصان، كما فى الحمرة.

فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله ليس لهذا الصبغ موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن صاحب الثوب لا يضمن شيئًا، وإذا لم يمكن أن جيعل شيء آخر موجب العقد غير المسمّى، اعتبرنا ختلافهما فى مقدار المسمّى، والاختلاف بين المتعاقدين متى وقع فى مقدار المسمّى، وفسخ العقد متعذر، فعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل القول قول المنكر للزيادة، كما فى بيع العين بعد الهلاك.

وكما لو وقع الاختلاف فى مقدار الأجر للأعمال التى ليس لها موجب معلوم لو حصل بغير عقد عند الكل، كما فى الحمل والقصّارة، ويجعل القول قول المنكر للزيادة، ولا يتحالفان متى اختلفا فى حال ما لا يمكن فسخ العقد، فكذلك هنا.

هذا إذا اختلفا فى مقدار الأجر، فأما إذا اختلفا فى أصل الأجر فى السود، فقال صاحب الثوب: عملته لى بغير أجر، وقال الصباغ: لا، بل علمته بأجر، ذكر أن القول قول صاحب الثوب مع يمينه، ولا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله، وكان يجب أن يتحالفان؛ لأنهما اختلفا فى نوع العقد ادعى أحدهما الهبة، والآخر البيع، فيجب أن يتحالفا عندهم جميعًا، وإن كان فسخ العقد متعذرًا، كما فى صبغ يوجب الزيادة، وكما فى بيع العين إذا اختلفا فى نوع العقد بعد الهلاك إلا أن الجواب عنه أن الاختلاف فى نوع العقد بعد القبض إنما يوجب التحالف إذا كان إيجاب التحالف يفيد[1] ثمرته، وهو التراد، كما فى صبغ يوجب الزيادة، وكما فى بيع العين، فإنهما متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين، فإنه يجب رد العين إن كان قائمًا، ورد القيمة إن كان هالك، فكان التحالف مفيدًا ثمرته.

أما هنا التحالف لا يفيد ثمرته، فإن ثمرته الترد، ولا يجب التراد متى حلفا، ولم

---

(١) هكذا فى ظ، م، وكان فى ف "يفسد" وكان فى الأصل "بقدر ثمرته".

يثبت واحد من العقدين عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجب رد العمل؛ لأنه غير ممكن، ولا رد القيمة؛ لأن مجرد العمل لا يتقوم بغير عقد، وهنا يصير بغير عقد متى حلفا، فلهذا لم يجب التحالف، وإذا لم يجب التحالف جعلنا القول قول رب الثوب؛ لأنه ينكر الأجر، وتقوم عمله.

وكان الجواب في هذه المسألة عند أبي حنيفة رحمه الله كالجوب عند الكل فيما إذا اختلفا في نوع العقد في مسألة الحمل والقصارة، وثمة لا يتحالفان عندهم جميعًا، وعندهما يتحالفان، ومتى حلفا يجب على رب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيفيد التحالف ثمرته، وهو التراد عندهما، فيتحالفان عندهما، كما في بيع العين بعد الهلاك عند الكل.

١٣٩٣٥-قال: ولو أن رجلا اختلف هو والقصار في أجر ثوب، فقال القصار: عملته بربع درهم، وقال رب الثوب عملته بقيراط، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل، أو بعد الفراغ من العمل، فإن اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل، فإنهما يتحالفان ويترادان، وهكذا الجواب فيما تقدم من المسائل لو اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا، وذلك لأن الإجارة نوع بيع، فإنه بيع المنفعة، فيعتبر ببيع العين، ولهذا لم يثبت العين دينًا في الذمة في الإجارة، كما في بيع العين، وفي بيع العين لو اختلفا في مقدار البدل حالا إن كان الفسخ يتحالفان ويترادان، فكذلك هذا.

١٣٩٣٦-فأما إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد الفراغ من العمل، ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه، ولم تحكم قيمة ما زادت القصارة فيه، فرق بين هذا وبين مسألة الصباغ إذا صبغه بعصفر أو زعفران، ثم اختلف في مقدار الأجر، فإنه يعتبر قيمة ما زاد الصبغ.

ووجه الفرق بينهما أن تحكيم قيمة ما زاد بصبغ فيه حال اختلافهما في مقدار الأجر ممكن؛ لأن لاتصال هذا الصبغ بثوبه موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل من غير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية، كأنهما تصادقا على ذلك، ثم ادعى أحدهما ما يغيّره إما إلى زيادة أو نقصان،

وليس لاتصال القصارة بثوب غيره موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن من قصر ثوب إنسان بغير عقد، فإنه لا يضمن صاحب الثوب له شيئًا إن قصر من غير مال اتصل به، فلا إشكال؛ لأن المتصل بثوبه مجرد عمل، ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد، ولا شبه عقد، وإن قصر بمال اتصل به من بياض البيضة وغيره، فكذلك أيضًا؛ لأن ما اتصل بثوبه ليس عين مال قائم، لا فى الحال ولا فى الثانى، أما فى الحال فلا إشكال؛ لأن المتصل بالثوب أثر مال لا عين مال.

وكذلك فى الثانى إذا انفصل من الثوب ما اتصل من بياض البيضة وغيره بالفصل، لا يكون المنفصل منه فى نفسه مالا متقومًا، وإذا لم يكن المتصل بالثوب عين مال قائم، وإنما هو أثر مال لا غير، لم يجب على صاحب الثوب شيء متى حصل بغير عقد، بخلاف الصبغ؛ لأن ما اتصل بالثوب من الصبغ عين مال.

ألا ترى أنه متى فصل عن الثوب كان مالا متقومًا؛ لأنه يصلح لصباغه[1] ثوب آخر، وعين المال القائم متقوم من غير عقد، ولا شبه عقد، وإذا لم يكن للقصارة موجب معلوم على صاحب الثوب، لو حصل بغير عقد، لم يمكن أن يجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار المسمّى، حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه، ثم ادعى أحدهما ما يغيّره إما إلى زيادة أو نقصان، وإذا لم يمكن إثبات شيء آخر سوى المسمّى موجب العقد، وجب اعتبار اختلافهما فى المسمّى، والاختلاف متى وقع فى مقدار المسمّى حال ما لا يمكن فسخ العقد، فإنه يجعل القول قول المنكر للزيادة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، ولا يتحالفان كما فى بيع العين.

فأما على قول محمد رحمه الله هل يتحالفان؟ لم يذكر هذا فى الكتاب، ومشايخنا رحمهم الله فى ذلك مختلفون، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: يتحالفان على قول محمد رحمه الله على قيمة العمل، وهو أجر المثل، وما ذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله.

ومنهم من يقول: على قول محمد رحمه الله: لا يتحالفان فى باب الإجارة بعد الفراغ من العمل، وظاهر ما ذكر فى الكتاب يدل على هذا، فإنه لم يذكر خلافًا، وإنما

(١) وفى الأصل "لصباغة".

اختلفوا على قوله لاختلافهم فى نكتة محمد رحمه الله فى بيع العين إذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة بأى سبب تجب القيمة على المشترى عند بعضهم، وإنما تجب القيمة حكمًا لفساد العقد؛ لأنهما اتفقا على العقد، واختلفا فى التسمية، وإذا تحالفا لم يثبت واحد من التسميتين، فكأنه باع ولم يسمّ الثمن، فلو باع ولم يسمّ الثمن، كان البيع فاسدًا، فيجب رد العين إذا كان العين قائمًا، ورد القيمة إذا كان هالكًا، فمن قال بأن نكتته فى تلك المسألة هذا قال: يجب هنا أن يتحالفا؛ لأن التسمية إذا لم تثبت تفسد الإجارة، كأنه استأجره، ولم يسم له أجرًا، فيجب رد أجر المثل بعد استيفاء العمل، فيكون التحالف مقيدا على قول محمد رحمه الله، فيتحالفان عنده أيضًا.

ومنهم من قال: نكتته فى تلك المسألة أن القاضى يفسخ العقد عد التحالف متى طلبا، أو طلب أحدهما، فيجب على قبض العين رد العين إن كان قائمًا، ورد القيمة إن كان هالكًا بسبب انفساخ العقد، أو لأنه لما لم يثبت واحد من العقدين لما حلفا، بقى العين فى يده بغير عقد إلا أن العين متقوم بعقد، وبغير عقد، فمن قال: بأن نكتته هذه فى تلك المسألة يقول: هنا لا يتحالفان؛ لأن القاضى إما أن يفسخ الإجارة، أو لا يقضى بواحد من العقدين متى حلفا، ومتى فسخ الإجارة، أو لم يقبض لواحد منا لعقدين، فإنه لا يجب رد القيمة؛ لأن العمل يبقى بغير عقد، والعمل لا يتقوم بغير عقد، وإذا لم تجب القيمة لم يجب التحالف؛ لأن ثمرة التراد إما رد العين أو رد القيمة حتى يصل كل واحد منهما إلى رأس ماله، فيجيء حق كل واحد منهما، وهنا يبطل حق القصار أصلا، وهذا لا وجه له.

ثم إنما ذكرنا اختلاف المشايخ رحمهم الله فى مسألة القصارة، ولم نذكره فى الصبغ، وذلك لأن اختلاف المتعاقدين فى الصبغ ليس فى موجب العقد، بل فيما يغير موجب العقد، لما ذكرنا أن موجب العقد فى باب الصبغ حال اختلافهما فى مقدار التسمية ما يكون موجب الصبغ لو حصل بغير عقد، كأنهما اتفقا أن العقد على ذلك عقد، ثم اختلفا فيما يغيره إلى زيادة أو إلى نقصان، ومثل هذا الاختلاف فى بين العين لا يوجب التحالف متى لو توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، وفى فصل القصارة الاختلاف وقع فى موجب العقد، لا فى المسمّى، إذ ليس هنا موجب آخر سوى

التسمية، والاختلاف متى وقع فى مقدار المسمّى، فإنه يجب التحالف إذا أمكن رد المعقود عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، أو ردّ قيمته عند محمد رحمه الله.

فإن قيل: كيف يقال: ليس للقصارة فى موجب، والقصار متى قصر الثوب فإنه له أن يحبس الثوب بالأجر، كما فى الصباغ، فإذا ألحقت القصارة فى حق الحبس بالصبغ، فكذا فى حق أن يجعل له موجب حال اختلافهما فى مقدار التسمية، يجب أن يلحق بالصبغ.

والجواب عنه من وجهين: الأول: أن يقال بأن القصارة إنما ألحقت بالصبغ فى حق الحبس؛ لأن الحبس إنما يكون حال قيام العقد، والقصارة متقومة حال قيام العقد، فإذا كان له أثر فى الثوب وهو متقوم حال قيام العقد، كان الأجر مقابلا به، فكان له الحبس بالأجر، كما فى الثوب المصبوغ، فأما فى غير حالة العقد فلا قيمة له لما ذكرنا، وإنما يجعل موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار التسمية ما يجب فى غير حالة العقد كأنهما اتفقا عليه، فإذا لم يكن لاتصال القصارة بالثوب فى غير حالة العقد موجب، لم يمكن تحكيمه وجعله موجب العقد حال اختلافهما فى مقدار الأجر، فوجب اعتبار اختلافهما فى مقدار المسمّى.

والثانى: أن القصار يشبه الحمّال والمكارى من حيث إنه ليس فى الثوب عين مال قائم، ويشبه الصبّاغ من حيث إن له عمل وأثر مال، فوفرنا على الشبهين حظهما، فألحقنا بالحمال والمكارى فى حق التحالف، فلم يجب التحالف كما فى المكارى والحمال، وجعلنا القول قول صاحب المال، وفى حق الحبس ألحقناه بالصبغ توفيرًا على الشبهين حظهما.

هذا إذا اختلفا فى مقدار الأجر، وكذلك إذا اختلفا فى جنس الأجر أنه دراهم أو دنانير، أو فى صفته أنه جيّد أو ردىء، يتحالفان إذا كان الاختلاف قبل الشروع فى العمل، وإن كانت الأجرة عينًا إن اختلفا فى جنسه وقدره يتحالفان، ولو اختلفا فى صفته لا يتحالفان، والقول قول المستأجر، بخلاف ما إذا كانت الأجرة دينًا، وقد ذكرنا الفرق فى كتاب البيوع بين ما إذا اختلفا فى صفة الثمن، وهو دين، وبينم إذا اختلفا فى صفته وهو عين، فهذا بناء على ذلك.

وإذا اختلفا فى مقدار المنزل، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة، تحالفا، كما فى بيع العين فبع ذلك إن كان الاختلاف فى الأجرة يبدأ بيمين المستأجر، وإن كان الخلاف فى المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر، وهذا لأن اليمين حجة المنكر، فمن كان بينهما إنكار يبدأ بيمينه، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر إن كان الخلاف فى الأجرة، وإن كان الخلاف فى المنفعة، فالبينة بينة المستأجر؛ لأن البينات شرعت للإثبات، فما كانت أكثر إثباتًا كانت أولى بالقبول.

١٣٩٣٧-ولو ادعى المؤاجر فضلا فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر فضلا فيما يستحقه من المنفعة، فالأمر فى الاستحلاف على ما بينا، وإن أقاما البينة، قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذى يستحقه، نحو أن يدعى الآجر شهرًا بعشرة، والمستأجر شهرين بخمسة، وأقاما البينة، يقضى شهرين بعشرة؛ لأن بينة كل واحد منهما يثبت زيادة، فيقبل بينة كل واحد منهما على تلك الزيادة، فإن لم يكن لوحد منهما بينة، وقد استوفى بعض المنفعة، فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان، ويفسخ العقد فيما بقى؛ لأن العقد ينعقد ساعة فساعة، فيصير فى حق كل جزء من المنفعة كان العقد انفرد فيه، وإن كان اختلافهما فى الأجر فى نوعين، بأن ادعى أحدهما دراهم، والآخر دنانير، فالأمر فى التحالف والنكول، وإقامة أحدهما البينة على ما بينت، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الآجر؛ لأن الآجر يثبت حقًا له، فكان هو أشبه بالمدعين، فتكون بينته أولى بالقبول.

وإن اختلفا فى المدة مع ذلك، أو فى المسافة، بأن قال المؤاجر: آجرتك إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: بل إلى الكوف بعشرة دراهم، وأقاما البينة، فهى إلى الكوفة بدينر وخمسة دراهم؛ لأنهما اختلفا فى الأجر إلى القصر، فكان بينة الآجر أولى؛ لأنه أكثر إثباتًا، فقضينا إلى القصر بدينار، ثم المستأجر يدعى من القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم، والآجر ينكر أصل العقد، فكانت بينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الإجارة - والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٩٣٨-قال: إذا اختلف الخيّاط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء، وقال الخياط: أمرتنى أن أقطعه قميصًا، فالقول قول رب الثوب؛ لأن الإذن من قبله يستفاد، فكان القول قوله فيما أذن فيه، قال والخياط ضامن، وقال ابن أبى ليلى رحمه الله: القول قول الخياط، ولا ضمان عليه؛ لأنهما اتفقا على الإذن فى القطع، فرب الثوب يدعى عليه تقيده بصفة زائدة، ويدعى وجوب الضمان عليه، وهو ينكر.

وإنّا نقول: القول قول رب الثوب فى الإذن، وإن ادعى تقيدا؛ لأنه ما أقر بحصول الإذن على ذلك الوصف، ولو أنكر الإذن أصلا كان القول قوله، فإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون يكون القول قوله، فإذا لم يوجد على الوصف الذى أذن يجب الضمان عليه.

قال: وإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الآمر فى أصل ما أمره، وهو القطع والخياطة، ولكن قد تغيّر الوصف، فكان لصاحب الثوب الرضاء به، وقال بعض أصحابنا رحمه الله: بأن منفعة القميص والقبا تقع على وجه واحد، وإنما تختلف الأغراض، فقد وجد المعقود عليه مع العيب، وكانوا يقولون: لو قطعه سراويل لم يجب له الأجر؛ لأنه نوع آخر من المنفعة، فلم يوجد المعقود عليه، قالوا: والرواية بخلاف هذا، فإنه روى عن محمد رحمه الله أنه لو دفع شبها إلى رجل ليضرب له طستا، فضربه كورا، فإن شاء ضمنه مثل شبه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل ما عمل، فكذا فى السراويل يجب أن تكون كذلك، وإنما أوجبنا أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بامسمّى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك، وجب أجر المثل، ولا يجاوز المسمّى.

١٣٩٣٩-وروى عن أبى يوسف رحمه الله: إذا أمره أن ينزع ضرسًا له بأجر، فنزع، فقال الآمر: أمرتك بغير هذا، فالقول قول الآمر مع يمينه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وكذا لو أمره أن يقطع شيئًا من جسده، أو يبط[1] قرحة طابيًا، إن الأمر

(١) وبَطَ يَبِطُ من باب ضرب، وبط الجرح: فتحه.

من قبله يستفاد، فكان القول قول.

١٣٩٤٠ -قال: ولو أعطى صبّاغًا ثوبًا ليصبغه، ثم اختلفا، فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقول قول رب الثوب؛ لما ذكرنا أن الأمر من قبله يستفاد، قال: فلو دفع إلى ندّاف ثوبًا يندف عليه قطنًا، وأمره أن يزيد من عنده ما رأى، فجاءه وقد ندف عشرين إستارًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر إستارًا، وأمرتك أن تزيد عليه عشرة أساتير، فلم تزد إلا خمسة، وقال النداّف: دفعت إلى عشرة، وأمرتنى أن أزيد عشرة، وقد زدت، فالقول قول النداّف، وعلى صاحب القباء أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن؛ لأن صاحب الثوب مقر أنه لم يخالف، لكنه يدعى أنه دفع إليه خمسة عشر إستارًا، فكان القول قول النداف فى مقدار ما قبض، فتبقى العشرة زيادة، فيضمنها صاحب الثوب.

ولو اختلفا فيما أمر به أيضًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشرة، وأمرتك أن تزيد خمسة عشر، وقال النداّف: دفعت إلىّ عشرة، وأمرتنى أن أزيد عشرة فزدت، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء صدّقه ودفع إلىّ عشرة أساتير، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه، ومثل عشرة أساتير، وكان الثوب للنداف؛ لأن صاحب الثوب يدعى الخلاف، فكان القول قوله فيما أمر به، والقول قول النداف فى مقدار ما قبض -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٩٤١ -قال: ولو دفع إلى خيّاط ثوبًا ليقطعه قباء، ودفع إليه البطانة والقطن، فجاء به، فقال رب الثوب: البطانة ليست ببطانتى، فالقول قول الخياط مع يمينه أنه بطانته؛ لأن البطانة أمانة فى يده، أو مضمون عليه، وأيهما كان كان القول قوله، قال: ويسع لرب الثوب أن يأخذ البطانة ويلبسها؛ لأنها إن كانت بطانته، حل له لبسها، وإن كانت غيرها فقد دفع إليه الخيّاط بدل بطانته، فيحل له اللبس.

١٣٩٤٢ -قال: وكذلك لو أعطى حمالا متاعًا ليحمل من موضع إلى موضع، ثم اختلفا، فقال رب المتاع، ليس هذا متاعى، وقال الحمال: هذا متاعك، فالقول قول

الحمال مع يمينه؛ لما ذكرنا، ولا يكون على الآجر أجر إلا أن يصدقه، ويأخذه؛ لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع، قال: والنوع الواحد والنوعان فى هذا سواء إلا أنه فى النوع الواحد أفحش وأقبح، يريد بهذا أنه لو حمله طعامًا أو زيتًا، فقال الحمال: هذا طعامك بعينه، وقال رب الطعام: كان طعامى أجود من هذا، فإنه يفحش أن يكون القول قول رب الطعام، ويبطل الأجر، ويحسن أن يكون القول قول الحمال، ويأخذ الأجر إذا كان قد حمله.

فأما إذا كانا نوعين مختلفين، بأن جاء به شعيرًا، وقال رب الطعام: كان طعامى حنطة، لم يجب له الأجر حتى يصدقه ويأخذه؛ لأنه إذا اتحد الجنس فرب الطعام يملك أن يأخذه عوضًا عن طعامه؛ لأن الحمال قد بدل ذلك، فإذا حصل له العوض سلمت المنفعة، فأما فى النوعين فلا يسعه أن يأخذ الآخر إلا بالتراضى والبيع، فما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجرة -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٩٤٣-المؤاجر إذا وجد بالأجر عيبًا، وأراد أن يرده على المستأجر، فهذا على وجهين: إما أن يصدقه المستأجر فى ذلك، أو يكذبه، والأجرة عين كثوب بعينه، أو حنطة بعينها، أو كان دينًا بأن كانت الأجرة دراهم أو دنانير، أو مكيلا، أو موزونًا فى الذمة سوى الدراهم والدنانير، فإن صدقه المستأجر كان له أن يرده على المستأجر، سواء كانت الأجرة دينًا أو عينًا؛ لأن العيب ثبت بتصادقهما، كما فى بيع العين، وإن كذبه المستأجر، وقال: ما أعطيتك هذا إن كان الأجرة دين، ولم يكن أقر المؤاجر بقبض الجياد، ولا بالاستيفاء، وإنما أقر بقبض الدراهم لاغير، فالقياس أن يكون القول قول المردود عليه، وهو المستأجر، وفى الاستحسان: يكون القول قول الراد مع يمينه، وهو المؤاجر، وقد ذكرنا جنس هذا فى كتاب البيوع، هذا إذا لم يقر بقبض الجياد.

فأما إذا أقر بقبض الجيد، بأن قال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت الأجر، أو استوفيت، فإنه لا يصدق؛ لأن الاستيفاء عبارة عن أخذ الحق بتمامه، فيصير مقرًا بقبض الجياد، وكذلك إذا قال: قبضت الأجر؛ لأنه أضاف القبض إلى الأجر، والأجر سليم

عن العيب، فيصير ذلك إقرارًا بالجياد، ولا تقبل بينة المؤاجر على ذلك؛ لأنه مناقض فى الدعوى، فأما إذا كان عينًا، فالقول قول المردود عليه قياسًا واستحسانًا، كما فى بيع العين، وقد ذكرنا الفرق بين الأمرين فى كتاب البيوع، فلا نعيد ذكره.

١٣٩٤٤-ولو استأجر فامى[١] من رجل بيتًا، فباع فيه زمانًا، ثم خرج منه، واختلفا فيما فيه من الرفوف وأشباهه، فقال رب البيت: كان هذا فى بيتى حين استأجرتَه، وقال المستأجر: لا، بل أنا أحدثته، فالقياس أن يكون القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع الأرض والبناء، لكون هذه الأشياء مركبا بالأرض والبناء، والأرض لرب الدار، فكذلك ما كان تبعًا للبناء، والأرض يكون له، ألا ترى أنهما لو اختلفا فى خشب السقف، أو فى الباب المركب، أو فى العلو، كان القول قول رب الدار مع يمينه، فكذلك هذا، فى الاستحسان: القول قول المستأجر، وجه أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذى يحدث هذه الأشياء، فكانت العرف شاهدًا للمستأجر، فيكون القول قوله.

فإن قيل: إن كان العرف شاهدًا للمستأجر، فالتبعية بسبب التركيب شاهد لرب الدار أنه له، فلم صار شاهد المستأجر أولى من شاهد رب الدار؟

والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب محتمل بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب الدار؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك، وله فعله[٢]، فقد استويا فى التركيب، ثم ترجح الحدث من المستأجر بدلالة العرف، فصار شاهد المستأجر أولى من هذا الوجه، وهكذا الجواب فى الطحان وسائر الصنّاع إذا اختلفا فيما يحدثه الصناع فى العرف والعادة بدون الأجر، فالمسألة على القياس والاستحسان.

والحاصل فى جنس هذه المسائل: إن كل شىء يحدث المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر، ولو اختلف رب الدار، والمستأجر فى بناءٍ من بناء الدار غير ما ذكرنا، أو فى باب، أو فى خشبة أدخلها فى السقف، فقال رب الدار: أنا آجرتك، وهذا فيها، وقال المستأجر: بل أنا أحدثت، فإن القول فى هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه

---

(١) فامى: بقّال.

(٢) وفى م: " "جعله" مكان "فعله" كلاهما صحيحان.

تابع لأرضه وبناءه، ولا عرف أن المستأجر هو الذى يحدث ذلك، فيكون لرب الدار، وما كان له فى الدار من لبن موضوع رطب، أو يابس، أو جذع موضوع، أو باب موضوع، أو آجر، أو جصّ، فهو للمستأجر؛ لأنه فى يده حقيقةً وحكمًا، ولم يعرف كونه فى يد صاحب الدار، فيكون القول قول المستأجر.

وإنما قلنا: إنه فى يده، إما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأنه ليس بتابع للدار؛ لأنه غير مركب فيه، بل موضوع فيه، فإن أقاما جميعًا البينة على ذلك، ففى كل شيء جعلنا القول فيه قول المستأجر، فالبينة بينة رب الدار؛ لأن رب الدار يدعى خلاف الظاهر.

١٣٩٤٥ -ولو اختلفا فى الجصّ، أو فى السترة، أو فى التنور، فالقول فيه قول رب الدار، قيل: هذا فى التنور بناء على عرفهم، أما فى عرفنا: فالقول قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذى يحدثه فى عرفنا.

١٣٩٤٦ -ولو انهدم بيت من الدار، فقال المستأجر: نقضه لى، وقال رب الدار: بل هو لى إذا عرف انهدام البيت، فالقول قول رب الدار، وإن كان النقض منقولا، فالقول قول المستأجر؛ لكونه فى يده؛ لأن هذا المنقول وإن كان فى يد المستأجر حقيقة، إلا أنه عرف كونه فى يد صاحب الدار إذا عرف أنه نقض بيت انهدم.

وفى المنقول إنما يجعل القول قول ذى اليد إذا لم يعرف فى يد المدعى، فأما إذا علم، فالقول قول المدعى، وإن كان لا يعرف، فالقول قول المستأجر؛ لأنه فى يده، ولم يعرف أنه فى يد المدعى.

وإن كان رد الدار أمر المستأجر أن يبنى فى الدار على أن يحسب له ذلك من الأجر، واختلفا، فقال المستأجر: أمرتنى بالبناء، وقد بنيت، وقال رب الدار: لم تبن، فالقول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه إيفاء الأجر، وهو ينكر، وإن أقر بالبناء إلا أنهما اختلفا فى مقدار ما أنفق، ذكر أن القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه زيادة الإيفاء، ورب الدار ينكر.

قالوا: هذا إذا كان مشكل الحال بأن اختلف فى ذلك أهل تلك الصناعة، فقال بعضهم كما يقول رب البيت: إنه يذهب فى نفقة مثل هذا البناء قدر ما يدعيه رب البيت،

وقال بعضهم: لا، بل يذهب قدر ما يقوله المستأجر حتى تعذر معرفة قول أحدهما من جهة الغير، فيعتبر حينئذٍ الدعوى والإنكار، والمستأجر يدعى زيادة إيفاء، ورب الدار ينكر، فيكون القول قوله.

فأما إذا جمع أهل تلك الصنعة على قول أحدهما، وقالوا: يذهب من النفقة فى مثل هذا البناء ما يقوله أحدهما، فالقول قوله؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما، فلا يلتفت إلى قولهما.

١٣٩٤٧-ولو كان على باب منها مصراعين، أحدهما ساقط، والآخر معلق بالباب، واختلفا فى الساقط، فالقول قول رب الدار، إذا عرف أنه أخوه، وإن كان منقولا، فالقول قول المستأجر فى المنقول: إنما كان كذلك لأنه عرف كونه فى يد رب الدار لما عرف أنه أخ المعلق، وفى مثل القول قول رب الدار على ما مرّ.

١٣٩٤٨-ولو كان بيتًا سقفه مصوّر بجذوع مصورة، فسقط جذع منها، فكان مطروحا فى البيت، فاختلف رب الدار والمستأجر فيه، فقال رب الدار: هو سقف هذا البيت، وقال المستأجر: بل هو لى، وهو يقر أن تصاويره موفق لتصاوير البيت، فإن القول فى ذلك قول رب الدار مع يمينه، وإن كان منقولا؛ لأن منقول عرف كونه فى يد رب الدار لما كان تصاويره موافقًا للتصاوير التى كان على السقف.

١٣٩٤٩-إذا تكارى منزلا من رجل فى الدار، وفى الدار ساكن، كل شهر بدرهم، فأدخله فى الدار، وخلّى بينه وبين المنزل، وقال: اسكنه، فلما جاء رأس الشهر طلب رب المنزل الأجر، فقال المستأجر: ما سكنته حال بينى وبين النزول فيه الذى كان يسكن فى الدار وغاصب، ولابينة له بذلك، والساكن مقر بذلك أو جاحد، لا يلتفت إلى قول الساكن؛ لأنه شاهد على الغير لا تقبل، وإذا لم يقبل قول الساكن بقى الاختلاف بين الآجر والمستأجر، فينظر فى ذلك إن كان المستأجر هو الساكن فى الدار حالة المنازعة، فالقول قول رب الدار، وعليه الأجر، وإن كان الساكن فى المنزل غير المستأجر، فالقول قول المستأجر، ولا أجر عليه، وذلك لأن كل الأجر لا يستحق بنفس العقد، ولا بأصل التسليم، وإنما يستحق كل الأجر بدوام التسليم من ابتداء المدة إلى آخرها، ودوام التسليم ثابت باستصحاب الحال، لا بدليل يوجب الدوام، وذلك لأن ما

ثبت إن كان على البقاء، فهو ثابت ما لم يقم الدليل على الزوال، فمن الجائز أنه زال التسليم بعد ما وجد بدليل أوجب زواله، بأن غصب منه غاصب، وهذا هو حد استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال ثابت من وجه غير ثابت من وجه، ولهذا صلح للدفع، ولم يصلح للاستحقاق، وجميع الأجر غير واجب، فلا يمكننا إيجابه بدوام تسليم ثابت باستصحاب الحال ما لم يترجح ما يوجب دوام التسليم على ما يوجب زواله، فحكمنا فى ذلك الحال، وقلنا: إن كان الساكن هو المستأجر، يرجح ما يوجب دوام التسليم على ما يوجب زواله، فكان الحكم له، وإن كان الساكن غيره يرجح ما يوجب زوال الدوام على ما يوجب دوامه، فكان الحكم له.

ونظيره ما لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والآجر بعد انقضاء مدة الإجارة فى جريان الماء وانقطاعه فيما مضى، فإنه يحكم الحال إن كان الماء جاريًا حالة المنازعة، فالقول قول من يدعى دوام التسليم، وإن كان الماء منقطعًا، فالقول قول من يدعى زوال الدام، فكذلك هذا.

فإن قيل: المستأجر أقر بالتسليم فى الابتداء، فهلا جعل ذلك حكمًا على بقاء التسليم إلى آخر المدة، كما جعل بقاء التسليم فيما مضى، والجواب عنه أن كل الأجر مما لا يستحق بأصل التسليم؛ لأن منافع المدة معدومة للحال، وإنما توجد ساعة فساعة، فيجعل التسليم موجودًا ساعة فساعة كالعقد سواء، وإذا كان لايستحق كل الأجر بأصل التسليم الموجود فى الابتداء لا يمكننا أن نجعل التسليم الموجود فى الابتدا حكمًا على دوامه، وإذا كان يستحق بدوام التسليم إلى آخر المدة أمكننا أن نجعل قيام التسليم فى آخر المدة حكمًا على وجوده فيما مضى إذا لم يعرف وجود المانع من التسليم فيما مضى.

رجل تكارى من رجل بيتًا كل شهر بدرهم، فلما جاء رأس الشهر طلب رب البيت أجر البيت، فقال المستأجر: إنما أعرتنيه بغير أجر، أو أسكنتنيه بغير أجر، وصاحب البيت ينكر ذلك، ولا بينة بينهما، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأن صاحب البيت يدعى عليه أجرًا، والمستأجر ينكر، فيكون القول قوله، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة صاحب المنزل؛ لأنه هو المدعى، فإنه ادعى عليه أجرًا، وأثبته بالبينة.

وكذلك إذا قال الساكن: إن الدار دارى، ولا حق لك فيها، فالقول قول الساكن

مع يمينه؛ لأن الآجر ادعى عليه شيئين: الأجر وكون الدار ملكًا له، والساكن أنكر الأمرين جميعًا، فيكون القول قوله فيهما فى الآجر؛ لأنه ينكر وجوب الأجر فى ذمته وفى الدار؛ لأن الدار فى يده، فإن قال الساكن: الدار لفلان وكّلنى بالقيام عليها، فالقول قول الساكن، ويكون خصمًا للمدعى؛ لأنه ادعى عليه الأجر وكون الدار ملكًا له، والمستأجر أنكر الأجر، فكان القول قوله، وادعى أن يده فى الدار يد غيره حتى يندفع عن نفسه خصومته فى الدار، فلا تندفع عنه الخصومة بمجرد قوله: إن يده فى الدار يد غيره ما لم يقم البينة على ما ادعى عندنا.

وإن قال المستأجر: إنك وهبتنى المنزل، فلا أجر لك، وقال الآجر: بل آجرتك، فالقول قول المستأجر فى الأجر؛ لأن صاحب المنزل يدعى عليه الأجر، والمستأجر ينكر، وفى الدار القول قول صاحب المنزل؛ لأن المستأجر أقر بكون الدار ملكًا له، وادعى التملك من جهته، وأنكر صاحب المنزل، فيكون القول قوله.

وإن أقاما جميعًا البينة، يؤخذ ببينة الموهوب له؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كانا نجعل كأنه آجر منه، ثم وهب له بعد العقد، ولو كان كذلك تثبت الهبة، ولم يكن عليه أجر، فكذا هذا، بخلاف ما إذا ادعى الساكن العارية، وصاحب المنزل يدعى الإجارة، وأقاما جميعًا البينة، فإن البينة هناك بينة صاحب المنزل، وفى الحقيقة لا فرق؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كانا آجر منه، ثم أعار منه بعد الإجارة، إلا أن الإجارة لا ترتفع بالإعارة، وترفع بالهبة.

وهذا كله إذا لم يكن أقر الساكن بأصل الكراء، فأما إذا أقر بأصل الكراء، ثم ادعى الهبة أو العارية، فإنه لا يصدق، وعليه الأجر إلا أن يقيم بينة؛ لأن الإجارة تثبت بإقراره والهبة والعارية لم تثبتا بمجرد دعواه إلا أن يقيم البينة على الهبة، فحينئذٍ لا أجر عليه؛ لأن الهبة تثبت بالبينة.

وللمستأجر خيار الرؤية إن لم يكن رأى المستأجر اعتبار البيع المنفعة ببيع العين، فإن اختلفا، فقال صاحب الدار: قد كنت رأيت، وقال المستأجر: لم أرَ، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن عدم الرؤية أصل، فإذا حلف أنه لم يرَها يردها إلا أن تقوم بينة لأنه قدر رآها.

١٣٩٥٠ -رجل تكارى منزلا من رجل فى داره على أن أجره أن يكفيه وعياله نفقتهم ومؤنتهم مادام فى الدار، فالإجارة فاسدة؛ لأن الأجر مجهول، فإنه لا يدرى قدر ما يكفيهم، وجهالة الأجر مما توجب فساد الإجرة، فإن سكن كان عليه أجر المثل كما فى سائر الإجارت الفاسدة، فإن قال المستأجر: أنفقت على عيالك، وقال صاحب المنزل: لم تنفق، فالقول قول صاحب المنزل؛ لأنه يدعى عليه الإيفاء؛ لأن ما أنفق على عياله بأمره يكون دينًا عليه، وله عليه مثله، فيلتقيان قصاصًا، فيدعى الإيفاء من هذا الوجه، وأنه ينكر، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ لأنه يدعى الإيفاء، ويثبته بالبينة، ويحسب له ما قامت من البينة من أجر مثلها؛ لأن ما أنفق صار دينًا على رب المنزل، وأجر مثل الدين لرب المنزل عليه، فيلتقيان قصاصًا.

١٣٩٥١ -رجل تكارى دارًا شهرًا بعشرة دراهم، فسكنها يومًا أو يومين، ثم تحول إلى دار أخرى، كان للآجر أن طالبه بأجر جميع الشهر؛ لأن الإجارة لازمة فى الشهر، فلا يملك فسخها إلا بعذر، وإن تحول من دار إلى دار أخرى، لا يكون عذرًا، فإن قال: إنما استأجرتها يومًا واحدًا، فالقول قوله؛ لأنه أقر بالإجارة فى يوم، وأنكر الإجارة فى باقى الشهر، ولو أنكر الإجارة أصلا ورأسًا كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض، وأنكر البعض، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة الآجر؛ لأنه تثبت الإجارة فيما زاد على اليوم ببينته.

وإذ استأجر من آخر دارًا شهرًا بدرهم، فسكنها شهرين، فعليه أجر الشهر الأول دون الشهر الثانى، وقد مرت المسألة من قبل، فإن انهدم شىء من سكناه فى الشهر الثانى، يضمن، ولا ضمان فيما انهدم من سكناه فى الشهر الأول، فإن اختلفا فيما انهدم، فقال المستأجر: إنما انهدم من سكناه فى الشهر الأول، وصاحب الدار يقول: إنما انهدم من سكناك فى الشهر الثانى، فعليك الضمان، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه ضمان ما انهدم، وهو ينكر، فيكون القول قوله، والبينة بينة صاحب الدار؛ لأنه هو المدعى.

١٣٩٥٢ -رجل تكارى بيتًا أو دارًا على أن يسكنها شهرًا، فأعطاه صاحب المنزل

المفتاح، فلما مضى الشهر جاء رب المنزل يطلبه الأجر[١]، فقال المستأجر: لم أقدر على فتحه، وقال الآجر: بل قدرت على فتحه، وسكتت ولا بينة لهما، فإنه ينظر إلى المفتاح الذى دفع إليه للحال إن كان مفتاحًا يلايم هذا الغلق[٢]، ويمكن فتح الباب به، فالقول قول رب الدار، ولايصدق المستأجر فى قوله: لم أقدر على فتحه، وإن كان ما دفع من المفتاح مفتاحًا لا يلايم الغلق[٣]، ولا يمكن فتح الباب به، فالقول قول المستأجر، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة رب المنزل، وإن كان المفتاح مفتاحًا لا يلايم الغلق؛ لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه، كما فى مسألة الطاحونة لو أقام المستأجر بينة أن الماء كان منقطعا فيما مضى، فإنه يقضى بالبينة، وإن كان جاريًا للحال، فكذلك هذا.

فإن قيل: إذا كان المفتاح لا يلايم الغلق، فكيف يقبل البينة على أنه كان يقدر على فتحه.

قلنا: إنما يقبل البينة على أنه كان يقدر إذا كان رب المنزل يدعى أنه كان يلايم الغلق، ولكن غيره، والمستأجر يقول: لا، بل لم يكن ملائمًا من الأصل، فيقبل البينة على ما يدعيه رب البيت -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٩٥٣-إذا استأجر الرجل من آخر حمامًا مدة معلومة، ثم اختلفا فى قدر الحمام أنه للمستأجر، أو لصاحب الحمام، فالقول قول صاحب الحمام؛ لأنه مركب فى بناءه، ولا عرف فى أن المستأجر يحدث ذلك، بخلاف [الأبنوب][٤] لأن العرف أن المستأجر هوالذى يتولى ذلك، وكان الحكم فى الموضعين جميعًا العرف.

١٣٩٥٤-ولو انقضت مدة الإجارة، وفى الحمام رماد كثير وسرقين كثير، فقال رب الحمام: السرقين لى، وقال المستأجر: هو لى، وأنا أنقله، فالقول قول المستأجر: إذا

(١) وكان فى الأصل: "يطلبه بالأجر".

(٢) وكان فى الأصل و ظ: "الفلق".

(٣) وكان فى الأصل وظ: "الفلق".

(٤) هكذا فى ف والأبنوب: مسيل الماء، وكان فى الأصل و ظ وم: "الأنور".

لم يعرف كون المدعى به فى يد صاحب الحمام على ما مرّ قبل هذا، فأما الرماد، فإن كان ذلك من عمل المستأجر، وكان مقرًا بذلك، فعليه أن ينقله؛ لأنه صار مشغولا من جهته، وقد أمكن تفريغه[1] من غير نقض شيء من البناء، فيكون على المستأجر تفريغه، كما لو كان مشغولا بأمتعته، فإن جحد بأن يكون من عمله، فالقول قوله؛ لأن صاحب الحمام يدعى عليه تفريغ هذا المكان، وهو ينكر، ولأنه يدعى تسليم هذا المكان من فى الحاصل، والمستأجر ينكر؛ لأن الشغل يمنع التسليم، فيكون القول قوله.

نوع آخر:

١٣٩٥٥-فإذ استأجرت المرأة حليًا معلومًا لتلبس يومًا إلى الليل، فهو جائز، فإن ألبست غيرها فى ذلك اليوم، فهى ضامنة، ولا أجر عليها؛ لأن الناس يتفاوتون فى لبس الحلى، فإن اختلفا، فقال رب الحلى: لبسته، وقالت لا، بل ألبست غيرى، ذكر أن القول قول صاحب الحلى، معنى هذا أنهما اختلفا فى الأجر، فقال رب الحلى لبسته بنفسك، فعليك الأجر، وقالت المرأة: ألبست غيرى، فلا أجر على، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيه على قياس ما ذكر فى الدار إذا ادعى أنه غصب منه، قال يحكم الحال إن لم يكن فيها ساكن غيره وقت المنازعة، كان القول قول رب الدار، وإن كان فيها ساكن غيره، كان القول قول المستأجر.

وكما فى مسألة الرحى إذ اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه، فكذا هنا، يجب أن يحكم الحال إن كان فى يدها وقت المنازعة، فالقول قول رب الحلى، وإن كان فى يد غيرها، فالقول قولها، فإن هلك الحلى كان لرب الحلى أن يصدقها ويضمّنها؛ لأنها تقر بوجوب الضمان على نفسها، فكان لرب الحلى أن يصدقها، ويضمنها، ولا أجر له، كما لو ثبت الإلباس معاينة، وإن كذبها، فقد أبرأها من الضمان، ثم يكون القول قول صاحب الحلى؛ لأن المستأجر يدعى ضمان التسليم بعد ما وجد التسليم، وصاحب الحلى ينكر، فيكون القول قول صاحب الحلى -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) هكذا فى ظ، م، ف، وكان فى الأصل: "تفريقه".

نوع آخر:

١٣٩٥٦-إذا اختلف رب الدابة والمستأجر، ولم يركب بعد، فقال المستأجر: اكتريتني من الكوفة إلى بغداد بعشرة، وقال رب الدابة: بل اكتريتك من الكوفة بعشرة دراهم إلى قصر، والقصر هو المنتصف، إن لم تقم لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان ويترادّان؛ لأنهما اختلفا فى بدل عقد هى تجارة حال ما يحتمل العقد الفسخ، فيتحالفان ويترادّان، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته؛ لأنه ادعى أمرًا حادثًا، وأثبته بالبينة.

وإن أقاما جميعًا البينة، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: يقضى إلى بغداد بخمسة عشر درهمًا، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع وقال: يقضى إلى بغداد بعشرة دراهم، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فوجه قوله الأول: إن كل واحد منهما ادعى عقدًا غير ما يدعيه صاحبه، صاحب الدابة ادعى عقدًا إلى المنتصف بعشرة، والآخر بخمسة، فيجب القضاء بهذا العقد إلى المنتصف بعشرة ببينة صاحب الدابة، وادعى المستأجر من المنتصف إلى بغداد عقدًا بخمسة أنكرها رب الدابة، وأثبتها بالبينة، فلا بد من القضاء بها، فيجب القضاء بعقدين من هذا الوجه.

ووجه قوله الآخر: وهو أنهما اتفقا على أنه ما جرى بينهما إلا عقد واحد، وقد أمكن القضاء على وفق ما اتفقا عليه، بأن لا تقبل بينة رب الدابة؛ لأنها قامت على إثبت العشرة، وأنها ثابتة له بإقرار المستأجر، وإذا أمكن رد بينته، بقيت بينة المستأجر لا غير، وقد أثبت الإجارة إلى بغداد بعشرة دراهم، فيقضى بذلك، كما لو تفرد المستأجر بإقامة البينة لا غير.

ونظير هذا ما قالوا جميعًا فى بيع العين إذا دعى البائع: إنه باع منه هذا العبد بألف، وادعى المشترى أنه اشترى هذا العبد، وهذه الجارية بألف درهم، وأقاما جميعًا البينة، يقضى بعقد واحد ببينة المشترى؛ لأنهما تفقا على أنه ما جرى بينهما إلا عقد واحد، وقد أمكن القضاء بعقد واحد، بأن لا تقبل بينة البائع؛ لأنها قامت على إثبات الألف، وهو ثابت له بإقرار المشترى، والمشترى ادعى زيادة فى المعقود عليه، لم تثبت له بإقرار البائع، وأثبتها بالبينة، فوجب القضاء بعقد واحد، فكذاك هذا.

ثم أبو يوسف رحمه الله لا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين السلم؛ لأن المذهب عنده أنه يقضى بعقد واحد ما أمكن، وقد أمكن القضاء بعقد واحد، فأما محمد رحمه الله يحتاج إلى الفرق، ووجه الفرق أنه إنما يقضى بعقدين إذا أمكن القضاء بهما، فههنا القضاء بهما غير ممكن؛ لأن للمنافع حكم العين، فمتى صار مستحقًا بعقد لا يمكن أن يجعل مستحقًا بعقد آخر، ومنافع هذه الدابة إلى القصر صار مستحقًا بعقد، فلا يمكن أن يجعل مستحقًا بعقد آخر، فتعذر القضاء بالعقدين ههنا.

فأما في باب السلم فرأس المال أو المسلم فيه دين، ومحل الدين الذمة، وفي الذمة سعة، فكان القضاء بالعقدين ممكنًا، فقضينا بهما عمل بالبينتين.

١٣٩٥٧-وإذا استأجر من آخر دابة، ودفعها إليه بغير سرج، ولا لجام، وقال: اكتريتك عريانًا، ولم أكرك بسرج ولا لجام، وقال المستكرى: استكريتك بسرج ولجام، كان القول قول صاحب الدابة؛ أنه لو أنكر الإجارة أصلا ورأسًا، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بإجارة الدابة، وأنكر إجارة السرج والأكاف، وهذا بخلاف المسألة الأولى، قال ثمة: يتحالفان، وهنا قال: لا يتحالفان.

ووجه الفرق بينهما بأن في المسألة الأولى اختلفا في بدل المعقود عيه، والاختلاف في بدل المعقود عليه يوجب التحالف، فأما في مسألتن لم يختلفا في بدل المعقود عليه، ولا في الامعقود عليه، بل اختلفا في تبع من توابع العقود عليه، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في بيع العين في شرط ملتحق به، وثمة لا يتحالفان؛ لأن الشروط تباع، فكذا هذا.

١٣٩٥٨-وإذا تكارى الرجل ثلاث دواب من بعد أداء إلى مدينة الرى بأعيانها، كانت الإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم، فجازت الإجارة، وإنما شرط مدينة الرى؛ لأنه لو استأجرها إلى الرى، كأن لا تصح الإجارة على ما يذكره في ظاهر الرواية؛ لأن اسم الرى يشتمل على المدينة، وعلى الرستاق، فإن جوار الرى يسمى ريا، وهي من مدينة الرى بمراحل، وكان بمنزلة من استأجر دابة إلى خراسان لم يجز؛ لأن خرسان مشتمل على أمصار كثيرة، فكذلك هذا، وإذا جازت الإجرة، فلو أن المكارى باع هذه الدواب من غيره، أو وهب، أو تصدق، أو آجر، أو أعاره، أو أودع، فجاء المستكرى، ووجد الدواب في يد غيره، فأراد أن يقيم البينة على إجارته، هل تقبل

بينته، فهذا على وجهين: إما أن يكون المكارى حاضراً أو غائبًا، فإن كان المكارى حاضرًا، فإنه تقبل بينته عليه، وإن كان يقر أنه أجرها منه؛ لأن بينة المستأجر قامت على خصم حاضر؛ لأن المستأجر مع الذى فى يده الدابة تصادقا أن الملك فى الدابة كان للمكارى، والمكارى قدّقهما فى ذلك، فيثبت الملك للمكارى فى الدابة بتصادقهم جميعًا، فان المكارى خصمًا للمستأجر، فتقبل بينته عليه.

فإن قيل: كيف تقبل بينته، والمكارى يقر أنه آجر هذه الدواب منه أولا كما يدعيه المستكرى، والبينة لا تقبل على المقر.

قلنا: المكارى وإن أقر بذلك إلا أنه لم يصح إقراره بحق ذى اليد، وإذا لم يصح إقراره صار وجود هذا الإقرار منه وعدمه بمنزلة.

ونظير هذا ما قالوا: فيمن باع من آخر شيئًا، ثم ادعى البائع أنه كان باع من غيره أولا، فإنه لا يصدق فيما أقر به، ولو أن الأول أقام البينة على ما ادعى سمعت بينته، وإن كان البائع مقرًا بذلك؛ لأن إقراره غير مقبول بحق الثانى، فصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، فقبلت البينة عليه، فكذلك هذا، وإذا سمعت بينة المستأجر، وكان المكارى باعه من غيره إن كان باعه بعذر، بأن كان عليه دين قادح، لم يكن للمستأجر سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة تنتقض متى حصل البيع حالة العذر بقضاء قاضى على الروايات كلها، وبغير قضاء القاضى على عامة الروايات، وفى رواية الزيادات لا ينتقض، فإذا انتقضت الإجارة لا يبقى للمستأجر على الدابة سبيل.

وإن كان باعها بغير عذر، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضى مدة إجارته، كانت سابقة على بيع الذى فى يده الدابّة، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضى مدة إجارته، وما يقول فى الكتاب أن البيع مردود، فتأويله إذا فسخ المشترى البيع، وذلك لأن المستأجر لما كان أحق بالدابة يتأخر قبض المشترى، فيتخير إن شاء تربص إلى أن تنقضى مدة إجارته، وإن شاء فسخ البيع، كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، فإذا تربص حتى انقضت مدة الإجارة، يكون البيع جائزًا، ولا يكون للمستأجر حق الفسخ؛ لأنه توصل إلى حقه من غير فسخ، وإن كان من غيره، أو أعار، أو وهب، أو تصدق كان المستأجر الأول أحق بها إلى أن يستوفى إجارته، ثم تجو هذه التصرفات، ويكون الجواب

فى حق هذه التصرفات كالجواب فيما إذا باعه بغير عذر؛ لأن العذر لا يتحقق فى حق هذه الأشياء حتى تنتقض الإجارة.

هذا الذى ذكرنا إذا كان المكارى حاضرًا، فأما إذا كان المكارى غائبًا، فإن بينة المستأجر تقبل إذا كان الذى فى يديه الدابة مشتريًا، أو متصدقًا عليه أو موهوب له؛ لأن الذى فى يديه الدابة متى كان مشتريًا أو متصدقًا عليه، ويدعى الملك لنفسه فيما فى يده، فينتصب خصمًا لكل من ادعى حقًا فى يده، وقد ادعى المستأجر حقًا فيما فى يده، فينتصب خصمًا له، وقبلت بينته بعد هذا إن كان باعه المكارى بعذر، فلا سبيل له على الدابة؛ لأن الإجارة انتقضت، وإن كان باعه بغير عذر، أو وهب، أو تصدق، كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفى إجارته؛ لأن إجارته سابقة على هذه التصرفات، فكان المستأجر أحق بها إلى أن يستوفى إجارته، فأما إذا كان الذى فى يده الدابة مستأجرًا، أو مستعيرًا، أو مودعا، وقد صدّقه المستكرى فيما قال: قال لا تقبل بينته عليه؛ لأنه ثبت بتصادقهما أن ذا اليد مستأجر، أو مستعير، أو مودع من رجل معروف، والمودع والمستعير والمستأجر، لا ينتصب خصمًا، فالبينة قامت لا على خصم، فلا تقبل.

ثم نقول(١) فى الكتاب، والمستأجر أحق بها حتى يستوفى إجارته، ولم يذكر أن المستأجر الأول أحق بها أم الثانى، ويجب أن يكون الجواب على التفصيل، إن كان المكارى حاضرًا، فالمستأجر الأول أحق بها، وإن كان غائبًا، فالمستأجر الثانى أحق بها؛ لأن المكارى إذا كان حاضرًا، فبينة المستأجر الأول مقبولة فى هذه الحالة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاين القاضى إجارته أولا جعل الأول أحق بها، فكذا إذا ثبت بالبينة.

وأما إذا كان المكاير غائبًا، فبينة المستأجر الأول لا تقبل فى هذه الحالة، فيكون الثانى أحق بها إلى أن يستوفى إجارته، ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاه رحمه الله" المسألة على هذا الوجه، فلم يجعل المستأجر الثانى خصمًا للمستأجر الأول.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمهما الله: أن بينة المستأجر على صاحب اليد إذا كان مستأجرًا مقبولة،

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم: "يقول".

وجعله خصمًا له، وفرقا بين المستأجر وبين المستعير والمودع.

١٣٩٥٩-رجل استأجر دابة من رجل إلى واسط بعشرة دراهم، وقال المكارى للمستكرى: استكر عليّ غلامًا يتبعك ويتبع الدابة، وآجره عليّ، وأعطِه نفقة ينفق على نفسه، وعلى الدابة من كراء الدابة، كان ذلك جائزًا، فإن اختلفا، فقال المستكرى: استكريت الغلام، وأعطيت نفقته، ونفقة الدابة من كراء الدابة، وقد برئت من الأجر بذلك القدر، وأنكر صاحب الدابة استئجار العبد، فالقول قول صاحب الدابة: إنه لم يستأجر، وعلى المستكرى البينة أنه استأجر الغلام، وإن كان المستكرى وكيلا بالاستئجار؛ لأن الوكيل بالاستئجر بمنزلة الوكيل بالشراء.

١٣٩٦٠-ولو قال الوكيل بالشراء: اشتريت وهلك الثمن عندى، وأراد أن يرجع بالثمن على موكله، ولم يكن الثمن مدفوعًا إليه، وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل مع يمينه، وعلى الوكيل البينة أنه اشترى، فكذلك ههنا، فإن أقام البينة على أنه استأجر الغلام بعد هذا وأقر الغلام أنه قبض منه النفقة إلا أنه ضاع، أو سرق منه، وأنكر المكارى، كان القول قوله، يعنى قول الغلام؛ لأنه لما ثبت استئجار الغلام صار الغلام وكيلا من جهة المكارى بقبض ما عليه من الكراء بمقدار النفقة، والوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندى، كان القول قوله، فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يصير الغلام وكيلا من جهة المكارى بقبض ما عليه من الكراء بمقدر نفقته، ونفقة الدابة، وهو لم يعلم بهذه الوكالة.

قلنا: المستكرى أخبره بذلك؛ لأنه حال ما يستأجره يخبره أنه يستأجره ليفعل كذا، فيصير وكيلا كرجل وكّل غائبًا، فبلغه الوكالة، فإنه يصير وكيلا، فكذلك هذا.

رجل استأجر دابةً ذاهبًا وجائيًا، فمات المكارى فى الطريق، فإن الإجارة لاتنتقض، فإن استأجر المستكرى رجلا حتى يقوم على الدابة جاز، وكان أجره على المستكرى، ولا يرجع بذلك على الورثة، والمسألة قد مرّت.

فإن اختلف الورثة والمستكرى، فقالت الورثة: إنما آجرك أبونا هذه الدابة على أن مؤنة الدابة عليك، وأنكر المستكرى ذلك، فالقول قوله؛ لأنهم يدعون على المستكرى زيادة، والمستكرى ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه، وإن أقاما البينة، فالبينة بين الورثة؛

لأنهم يدعون زيادة فى الأجر نفيها ببينة المستأجر، فتكون البينة بينة الورثة، وإن كانوا ل يستحقون هذه الزيادة بينتهم لفساد العقد هذا، كما ذكر فى كتاب المزارعة إذا اختلف المزارع وصاحب الأرض فى مقدار المشروط، فأقام الذى ليس لبذر من عنده البينة إن شرط له النصف، وزيادة عشرة أقفزة، وأقام الآخر البينة أنه شرط له النصف، فالبينة بينة من يثبت له الزياد، وإن كان لاستحق هذه الزيادة متى أقام البينة لفساد العقد، فكذ هذا.

وإذا استأجر رجل دابة من رجلين إلى بغداد ذاهبًا وجائيًا، فقال أحدهما: اكترينا لها بعشرة دراهم، وقال الآخر: بخمسة عشر فهذا عل وجهين: إما أن يصدق المستأجر أحدهما، فيقول اكتريتها بعشرة أولا، يصدّق أحدهما فيما يدعى ويقول اكتريتها بخمسة، وقد اختلفا قبل استيفاء المعقود عليه، أو بعد استيفاء المعقود عليه، فإن اختلفا قبل استيفاء المعقود عليه، وليست لهم بينة والمستأجر يكذب كل واحد منهما، ويدعى الإجارة بخمسة، فإنه يجب التحالف فى نصيب كل واح منهما؛ لأن الاختلاف وقع فى بدل عقد هى تجارة حال ما يحتمل العقد الفسخ؛ لأن المعقود عليه قائم، فيجب التحالف فى النصيبين جميعًا، فإذا تحالفوا فسخ القاضى العقد فى جميع الدابة، كما فى بيع العين، وإن كان المستأجر يصدق أحدهما بأن كان يدعى العقد بعشرة، فإنه لا يجب التحاف فى حصته الذى صدق؛ لأنهما لم يختلفا فى بدل المعقود عليه فى حصته ويتحالفان فى حصة الذى يدعى العقد بخمسة عشر، فإذا تحالفا وطلب أحدهما الفسخ من القاضى، أو طلبا جميعًا، فإن القاضى يفسخ العقد فى حصته، وتبقى الإجارة فى حصة الآخر بخمسة دراهم عندهم جميعًا، كما لو مات أحدهما.

وإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، فالقول قول المستأجر مع يمينه، كما ف بيع العين إذا اختلفا بعد ما هلك السلعة، فالقول قول المشترى مع يمينه، فكذلك هذا، وهذا الجواب على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يشكل، فأما على قول أبى حنيف رحمه الله: ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى لكل واح منهما بنصف ما ادعى من الآخر؛ لأن كل واحد منهما ببينته يثبت نصف ما ادعى من الآخر لنفسه ونصفه لصاحبه، إلا أنه خصمه فيما يدعيه لنفسه، وليس بخصم فيما يدعى لصاحبه، فتقبل بينته كل واحد منهما فى نصف ما ادعى ممن الآخر لنفسه لا

غير ، فيقضى لمدعى خمسة عشر تسعة ونصف ويقضى للآجر[1] بخمسة دراهم .

هذا إذا اختلفا فى بدل المعقود عليه ، فأما إذا اختلفا فى قدر المعقود عليه فى السير ، فقال أحدهما : أكريناها إلى المدائن ، وقال الآخر : إلى بغداد ، واتفقو على الكرى ، فهذا على وجهين : إما أن يختلفا قبل السير ، أو بعد السير ، والمستأجر يصدق أحدهما فيما يدعى أو يكذب ، ويدعى المسير إلى مكان آخر غير ما يدعيان ، فإن كانوا اختلفوا قبل السير ، والمستأجر يكذب كل واحد منهما فيما يدعى ، ويدعى مكان آخر أبعد مما يقران ، فإنه يحب التحالف فى نصيب كل واحد منهما ؛ لأنهم اختلفوا فى قدر المعقود العقود عليه فى عقد هى تجارة حال ما يحتمل العقد الفسخ ، فيجب التحالف كما فى بيع العين ، فإن حلفوا ، وطلبوا الفسخ من القاضى فسخ القاضى العقد فى جميع الدابة ، وإن كان المستأجر يصدق أحدهما فيما يدعى ، فإنه لا يجب التحالف فى نصيبه ، إنما يجب التحالف فى نصيب الآخر ؛ لأن التحالف يجرى بين المتكاذبين لا بين المتصادقين ، فيجب التحالف فى نصيب الذى يكذبه ، فإذا اختلفا بفسخ العقد فى نصيبه ، وتبقى الإجارة فى نصيب الآخر جائزة عندهم جميعًا .

هذا إذا اختلفا قبل المسير ، فإن اختلفا بعد المسير إلى أحد المكانين ، فالقول قول الآجر مع يمينه ، لأن المستأجر يدعى زيادة فى المعقود عليه ، وصاحب الدابة ينكر حال ما لا يحتمل الفسخ ، فيكون القول قوله مع يمينه ، كما فى بيع العين ، إذاختلفا فى قدر المعقود عليه ، واتفقا على الثمن حال ما لا يحتمل العقد الفسخ ، وهناك القول قول البائع مع يمينه ، فكذلك هذا ، ولم يذكر محمد رحمه الله جواب هذه المسألة بتمامها فى الكتاب .

وإن أقاموا جميعًا البينة ، فالبينة بينة المستأجر إذا كان يدعى زيادة مسير على ما يقولان ، لأنه يثبت زيادة فى المسير تنفيها بيّنة صاحبى الدابة ، فتكون البينة بينته ، وما ذكر فى الكتاب : أن القول قول الذى استأجر مع يمينه جواب المسألة الأولى لا جواب المسألة الثانية .

١٣٩٦١-وإذا استأجر الرجل دابة وغلامًا ليذهب له بكتاب إلى بغداد ، فاختلف

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وف وم : "الآجر" مكان "الآخر" .

المستأجر والأجير، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا فى إيفاء العمل، بأن قال العبد: دفعت الكتاب إلى فلان، وقال المرسل: ما دفعت إليه، أو اختلفا فى إيفاء الأجر، بأن قال المرسل: أعطيتك[1] الأجر، أو قال: أعطاك المرسل إليه، وأنكر الغلام ذلك، فإن اختلفا فى إيفاء العمل، والمرسل ينكر، يكون القول قوله، كالبائع إذا ادّعى تسليم المبيع، والمشترى ينكر.

وإن اختلفا فى إيفاء الأجر، فالقول قول الغلام؛ لأن المرسل يدعى إيفاء الأجر والغلام ينكر، فيكون القول قوله، كالمشترى إذا ادعى إيفاء الثمن، وأنكر البائع، كان القول قوله مع اليمين، كذا هذا.

١٣٩٦٢-رجل تكارى دابة من رجل ولم يسم بغلا أو حمارًا، فجاءه بحمار، فاختلفا، فقال المشتكرى: إنما استكريت منك هذا البغل بخمسة دراهم، وقال المكارى: لا، بل اكتريتك هذ الحمار بخمسة دراهم، فهذا على وجهين: إما إن اختلفا قبل الركوب أو بعد الركوب، فإن اختلفا قبل الركوب، وليس لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا فى المعقود عليه حال قيام المعقود عليه، وهو قابل للفسخ، فيتحالفان.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن البغل مع الحمار مختلفان، فتكون منفعتهما مختلفة، فكان الاختلاف فى المعقود عليه، وإن اختلفا بعد الركوب، ولم يقم لأحدهما بينة، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن المكارى يدّعى عليه إجارة الحمار، وهو ينكر، ويقول: ما استأجرت الحمار، لم يجب على شىء بركوبه، فيكون القول قوله مع يمينه، فأما إذا أقاما جميعًا البينة إن وقع الاختلاف فى المعقود عليه، وهى المنفعة، فإن اختلفا قبل الركوب، فالبينة بينة المستأجر وذلك؛ لأن المستأجر بينته يثبت استحقاق منفعة البغل لنفسه، والمكارى يثبت استحقاق منفعة الحمار لغيره، فكان المستأجر أشبه بالمدعين، فكانت بينته أولى بالقبول، وكان البائع والمشترى إذا اختلفا فى المعقود عليه، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المشترى؛ لأنه يثبت لنفسه، والبائع لغيره.

وإن وقع الاختلاف بينهما فى الأجر، بأن اختلفا بعد الركوب، فالبينة بينة المكارى؛ لأن المكارى ببينته يثبت عليه أجر الحمار، وبينة المستكرى تنفى ذلك، فكان

(١) هكذا فى الأصل، وم، وف، وكان فى ظ "أعطيته".

بينة المكارى أولى بالقبول.

١٣٩٦٣-وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة إلى فارس، وسمى مدينة معلومة، فالإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم، فإن اختلفا فى النقد، فقال المستأجر: أعطيتك نقد فارس؛ لأن الوجوب كان بفارس، ونقد فارس أنقص، وقال المكارى: لا، بل عليك نقد كوفة؛ لأن العقد كان بكوفة، ونقد كوفة أزيد، كان عليه نقد المكان الذى فيه العقد، لا نقد المكان الذى حصل فيه الوجوب، وذلك لأن الوجوب تبع للعقد؛ لأنه حكم من أحكام العقد، والأحكام تابعة لأسبابها، وإذا كان الوجوب تبعًا للعقد، كان العقد أصلا، فكان إيجاب نقد مكان العقد، وأنه أصل أولى من إيجاب نقد مكان الوجوب، وكان هذا بمنزلة ما لو اشترى عبدًا بألف درهم إلى سنتين، ثم تغير النقد عما كان وقت العقد، فإنه يجب نقد ما كان وقت العقد، لا نقد ما كان وقت المطالبة؛ لأن المطالبة تبع للعقد؛ لأنه وجب بسبب العقد، فكان اعتبار مكان وقت العقد، وأنه أصل أولى من اعتبار مكان وقت المطالبة، وأنه تبع فكذا هذا.

١٣٩٦٤-وإذا استأجر الرجل دابة إلى الحيرة، فقال رب الدابة: هذه الدابة دونك فاركبها، فلما كان بقدر ما يرجع من الحيرة اختلفا، فقال المستكرى: لم أذهب بها إلى الحيرة، فلا أجر علىّ، وقال صاحب الدابة: لا، بل ذهبت بها إلى الحيرة، ولى عليك الأجر، فهذا على وجهين: إما إن علم خروجه إلى الحيرة، أو لم يعلم، فإن لم يعلم خروجه وتوجه إلى الحيرة، فالقول قول المستأجر؛ لأنه متى لم يعلم خروجه، فحاصل اختلافهما وقع فى التسليم فى المكان الذى أضيف إليه العقد، صاحب الدابة يدعى تسليمها فى المكان الذى أضيف العقد إليه، والمستأجر ينكر، فيكون القول قول المستأجر.

وإن علم خروجه إلى الحيرة، فالقول قول صاحب الدابة؛ لأنه متى علم خروجه إلى الحيرة فقد ثبت التسليم فى المكان الذى أضيف العقد، وحصل اختلافهما بعد ذلك إنما وقع فى انقطاع التسليم المستأجر يدعى انقطاع التسليم بعد ما وجد، وصاحب الدابة ينكر، فيكون القول قوله، وكان كمستأجر الدار إذا ادعى أنه غصب الدار منه بعد ما سلم الدر إليه، وصاحب الدار ينكر، وهناك القول قول صاحب الدار إذا لم يكن فى الدار

غاصب وقت المنازعة، وكذلك هذا -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٩٦٥-إذا وقع الاختلاف بين المستأجر وصاحب الرحى، فهذا على وجهين: إما إن يختلفا فى مقدار مدة الانقطاع بأن قال صاحب الرحى: انقطع خمسة أيام، وقال المستأجر: انقطع عشرة أيام، أو يختلفا فى أصل الانقطاع بأن قال المستأجر: انقطع الماء عشرة أيام، وقال صاحب الرحى لم ينقطع، فإن اختلفا فى مقدار مدة الانقطاع بعد ما اتفقا على الانقطاع، فالقول قول المستأجر مع يمينه لوجوه ثلاثة: الأول: وهو أن صاحب الرحى مع المستأجر اتفقا على زوال التسليم، ولهذا سقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد ذلك يدعى تسليم مبتدأ بعود[1] الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر، فيكون القول قوله، كما لو لم يكن التسليم ثابتًا ادعى صاحب الرحى التسليم، والمستأجر ينكر، كان القول قوله، فكذلك هذا.

والثانى: إن صاحب الرحى يدعى على المستأجر زيادة أجر، والمستأجر ينكر، فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

والثالث: إن العقد انفسخ فى مدة خمسة أيام باتفاقهما؛ لأن انقطاع الماء يوجب انفساخ العقد، ولهذا يسقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد مضى خمسة أيام يدعى عود العقد، والمستأجر ينكر، فعلى العبارات الثلاث القول قول المستأجر مع يمينه.

فأما إذا اختلفا فى أصل الانقطاع، فإنه بحكم الحال إن كان الماء جاريًا وقت الخصومة، فالقول قول صاحب الرحى مع يمينه؛ لأن ظاهر الحال يشهد له؛ لأن الماء كان جاريًا فى الابتداء، ووقت الخصومة جارى، فالظاهر أنه لم ينقطع فيما بين ذيك، فمن ادعى الانقطاع فقد ادعى خلاف الظاهر، فكان مدعيًا، والآخر منكر، وإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة، فالقول قول المستأجر؛ لأن الظاهر يشهد للمستأجر؛ لأن الانقطاع للحال يدل على انقطاعه فيما مضى من حيث الظاهر، فيجعل القول قول المستأجر.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى بقية النسخ "بعد".

١٣٩٦٦-وإذا استأجر الرجل رحى ماء، فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة، فهذا عذر، وله أن يفسخ الإجارة، لما ذكرنا من قبل، وكذلك إذا انكسر البيت، فإن اختلفا فهذا على وجهين: إما أن يختلفا فى مدة الانكسار بعد ما اتفقا على الانكسار، أو يختلفا فى أصل الانكسار، والجواب فيه كالجواب فيما إذا اختلفا فى قدر مدة الانقطاع، وفى أصل الانقطاع.

١٣٩٦٧-وإذا تكارى رجل من غيره إبلا مسماة من الكوفة إلى مكة، ثم اختلفا فى الخروج، فقال أحدهما: أخرج بعشرة ذى القعدة، وقال الآخر: لا، بل تخرج[1] بعد خمس يمضين من ذى القعدة، فإنه يؤخذ بقول من يقول: أخرج بعد خمس يمضين من ذى القعدة، وذلك لأن ما يقوله: هذا أقرب إلى المعروف المعتاد فيما بينهم؛ لأن المعروف المعتاد فيما بينهم أنهم كانوا يخرجون بعد عشرة يمضين من ذى القعد؛ لأنه كانوا لا يخافون فوات الحج، ولا يلحقهم تعب السرعة فى السير بطىء المراحل؛ لأن من كوفة إلى مكة سبع وعشرين مرحلة، فيحتاج إلى سبعة وعشرين يومًا، وقد بقى من ذى القعدة عشرين، إن كمل الشهر، وإن انتقص تبقى تسعة عشر، فيحتاج إلى سبعة، أو إلى ثمانية من عشر ذى الحجة، فيكونون يوم التروية بمكة لا محالة.

وإذا كان الوقت المعروف للخروج فيما بينهم بعد عشر يمضين من ذى القعدة، فمن قال: أخرج بعد عشر[2] يمضين، كان ما يقول أقرب إلى المعروف المعتاد مما يقوله الآخر؛ لأنه يدعى التقدم على الوقت المعتاد بخمسة، والآخر يدعى التقدم بعشرة، فكان الأخذ بقوله أولى، إذ ليس فى الأخذ بقوله فوات الحج، ولا تعب السرعة بطىء المراحل، وهذا بخلاف ما لو قال حدهما: أخرج بعد النصف من ذى القعدة، وقال الآخر: بل أخرج بعد خمس يمضين، فإنه لا يؤخذ بقول واحد منهم، ويؤخذ بالوقت المعتاد، وذلك لأن ما يقوله كل واحد منهما فى المقاربة فى الوقت المعتاد، وفى المخالفة على السواء؛ لأن أحدهما يدعى التقدم على الوقت المعتاد بخمسة، والآخر يدعى التأخر عن الوقت المعتاد بخمسة، فلم يكن ترجيح قول أحدهما على الآخر، فتساقط القولان للتعارض، فوجب

(١) وكان فى الأصل وف "أخرج".

(٢) هكذا فى ظ، ف، م، وكان فى الأصل "خمس عشر".

الأخذ بالوقت المعتاد، وذلك بعد عشر يمضين، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك أمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر من الوجه الذى ذكرنا.

وهذا كله إذا لم يتفقا على شيء، فأما إذا اتفقا على وقت، فإنه يجب الأخذ بذلك، وإن كان ما اتفقا عليه خلاف المعروف المعتاد؛ لأنه لا عبرة للعرف متى جاء الشرط بخلافه، كما فى نقد البلد فى البياعات، لا عبرة بها متى جاء الشرط بخلافه، فكذلك هذا -والله أعلم-.

نوع آخر:

الأصل فى هذا النوع: أن التنازع متى وقع بين اثنين لم يصر قول أحدهما حجة على الآخر، وهذا ظاهر، والثانى أن القضاء بالبينة على الغائب، وللغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، إما حكمى أو قصدى لا يجوز، والقضاء للغائب بإقرار الحاضر جائز.

والثالث: أن البينة متى قامت بحفظ مال الغائب، ودفع الهلاك والفساد عن ماله، فالقاضى بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل؛ لأنها قامت على إثبات حق الغائب من وجه، وليس عنه خصم حضر إلا أن فيه دفع الفساد والهلاك عن أموال من كان عاجزًا عن الحفظ بنفسه، والقاضى نصب ناظرًا للمسلمين، فإن شاء مال إلى هذا الجانب، وإن شاء مال إلى ذلك الجانب.

١٣٩٦٨-قال: رجلان استأجرا دابة من الرى إلى الكوفة بأجر مسمّى، فلما ذهبا إلى الكوفة اختصما عند القاضى، فقال أحدهما: اكتريناها من فلان إلى الكوفة ذاهبًا وجائيًا، وقال الآخر: اكتريناها من فلان إلى مكة ذاهبًا وجائيًا، ولا بينة لواحد منهما، فإن القاضى يقضى بالدابة ملكًا للمقر له الغائب؛ لأنهما أقرا أنها مملوكة للغائب، والدابة فى أيديهم، وإقرر صاحب اليد بما فى يده للغائب صحيح، فصح القضاء به للغائب، ولا يقضى فيها بالإجارة؛ لأنهما يدعيان الإجارة فيها[1] على الغائب، والقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز، فكيف بمجرد دعواهما، ويمنع القاضى كل واحد منهما من الذهاب إلى

(١) وكان فى الأصل "لأنهما يدعيان الإجارة فيما على الغائب صحيح".

الموضع الذى يدعى؛ لأن كل واحد منهما ينازع الآخر.

وقد بينا أن قول كل واحد من المنازعين ليس بحجة على صاحبه، فإن اجتمعا على شىء يتركهما القاضى وما اجتمعا عليه؛ لأن الدابة فى أيديهم، وقولهم فيما لا منازع لهما حجة، وليس للقاضى إنشاء الخصومة للغائب، فيدعهما وما اجتمعا عليه، كرجل فى يده مال، وهو يقول: وهبه لى فلان، أو قال: دفع إلى فلان لأدعه إلى فلان آخر، فالقاضى لا يتعرض له لما قلنا، كذا ههنا.

فإن طلبا من القاضى بأن يأمرهما بالنفقة عليهما، أو ببيعهما، القاضى لايأمرهما بذلك؛ لأن القاضى إنما يجوز له الأمر بالإنفاق على الدابة، والأمر بالبيع نظرًا للغائب، وإنما يكون نظرًا للغائب إذا كانا ميتين فى الدابة بحيث لو لم ينفقا، وهلكت الدابة، لا يكون عليهما ضمان، وهذا محتمل يجوز أن يكونا ضامنين، فلهذا لا يأمر القاضى بذلك قبل إقامة البينة، فإن أقام كل واحد منهم البين على ما ادعاه من الكراء، وزكيت البينات، وقف القاضى الدابة فى أيديهم؛ لأنهما أثبتا أن صاحب الدابة رضى بأمانتهما، ولا يأذن القاضى لواحد منهما فى الركوب إلى الموضع الذى يدعى؛ لما فيه من إزالة يد أحدهما، وقد استويا فيه، ولما فيه من الحكم على الغائب بالبينة، ولكن يأمرهما أن ينفقا عليه على ما يرى أن رجاء قدوم صاحبهما، وإن لم يرج لا يأمرهما بالنفقة بل يأمرهما بالبيع؛ لأنه ثبت كونها أمانة للغائب فى أيديهما، والقاضى نصب ناظرًا للمسلمين، فيأمرهما بما هو أنظر للغائب، ففى الوجه الأول الإنفاق أنظر للغائب، وفى الوجه الثانى البيع أنظر؛ لأنه إذا كان لا يرجو قدوم صاحبهما، ولو أمرهما بالإنفاق، ربما تأتى النفقة على قيمة الدابة، فيأمرهما بالبيع حينئذ احتياطًا.

وإذا باعا الدابة بأمر القاضى وقف القاضى الثمن فى أيديهما؛ لأنه كان يقف الدابة فى أيديهما، فيقف بدلها أيضًا فى أيديهم، فإن كانا قد اتفقا عليها بأمر القاضى، وثبت ذلك عند القاضى، فالقاضى يعطيهما من الثمن مقدار ذلك؛ لأنه ثبت عند القاضى وجوب هذا القدر دينًا على الغائب؛ لأن أمر القاضى بالإنفاق، وله ولاية، كأمر الغائب بنفسه، وثمن الدابة مال الغائب، وأنه من جنس حقهما، فكان للقاضى أن يعطيهما من ذلك مقدار دين الغائب.

وإن أقاما جميعًا البينة على أنهما أوفيا الكراء، وطلبا من القاضى أن يقضى من الثمن بقية حقهم من الكراء، لم يقبل القاضى ذلك؛ لأن هذا دين لم يثبت عند القاضى بما أقاما من البينة؛ لأنهما أقاما البينة على إثبات دين على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، لا قصدى ولا حكمى، فصار وجودها وعدمه بمنزلة، فإن أقاما البينة على موت صاحب الدابة قبل القاضى ذلك، وأوفى بقية حقهما فيما عجّلا من الأجرة، ويأخذ منهما ما بقى من الثمن، ويضعه فى يد ثقة حتى تحضر ورثة الميت.

فرق بين هذا وبينما إذا أقاما البينة على إيفاء الكراء حال حياة الآجر، حيث لا يقبل القاضى ذلك، والفرق بينهما: أن بعد موت الغائب بينهما قامت على خصم حاضر، وهو القاضى، فإن للقاضى بعد موت الغائب ولاية نصب الوصى للميت، إذا لم يكن للميت وصىّ، ولا وارث حاضر، وما لم ينصب الوصى، فالقاضى بمنزلة الوصى للميت، فقامت البينة على خصم حاضر، فثبت ما أعطيا من فضل الكراء، فأما قبل وفاته فليس للقاضى ولاية نصب خصم على الغائب؛ لأنه يمكن للمدعى الخصومة مع الحى فى الجملة، فكانت البينة فى حق إعطاء فضل الكراء قائمة على غير خصم، فلا تقبل، وإنما يأخذ القاضى ما بقى من الثمن منهما، ويضعه فى يد العدل؛ لأنه ثبت بهذه البينة أن المال صار للوارث، ولم يثبت الرضا من الوارث بأمانتهما، بخلاف حالة الحياة؛ لأن هناك ثبت كون المال للغائب، وقد ثبت أنه رضى بأمانتهما، فلا يخرج القاضى العين ولا الثمن بعد البيع عن أيديهما.

وإن أحب القاضى فى جميع هذه المسائل أن لا يتعرض لهما، فلا يأمرهما ببيع ولا نفقة، وسعه ذلك؛ لأن فيه قضاء على الغائب من وجه، وفيه حفظ المال على الغائب من وجه أيضًا، فيميل إلى أيهما شاء.

١٣٩٦٩-ولو اكتريا دابة من بغداد إلى كوفة ذهبا وجائيًا، فلما بلغا الكوفة بدا لأحدهما أن لا يرجع إلى بغداد، كان عذرًا فى فسخ الإجارة؛ لأنه قصد ترك السفر إلى بغداد فى الانتهاء، فيكون ذلك عذرًا، كما لو ترك السفر فى الابتداء، فإن رفعا الأمر إلى القاضى فى فسخ الإجارة، وتصادقا على ذلك، ولم يقيما بينة فالقاضى لا يتعرض لشىء من ذلك؛ لأن قولهما ليس بحجة على القاضى، فإن أقاما البينة مع تصادقهما

على ذلك، فالقاضى لا يفسخ الإجارة؛ لما فى ذلك من القضاء على الغائب، لكنه إن شاء آجر ذلك النصف من شريكه على سبيل النظر؛ لأن الإجارة على الغائب من باب النظر، فيفعله القاضى ذلك، كما فى اللقطة إذا كانت دابة، فإذا فعل ذلك يضمن ذلك لانفساخ الإجارة أولى فى حق صاحب العذر مقتضى صحة ما يفعله، ويجوز أن يثبت الشىء ضرورة، وإن كان لا يثبت مقصودًا.

وفى الكتاب يقول: إن شاء القاضى يكترى الدابة كلها من الذى يرجع إلى بغداد، ومعناه أن القاضى يكرى النصف الذى كان لصاحب العذر من الذى يريد الرجوع إلى بغداد، ويقرر الكراء فى النصف الذى كان له، وإن شاء اكترى نصفها من آخر فيركباها جميعًا، أو على سبيل التهايؤ، كما كانا يفعلان مع الأول.

وأشار فى بعض روايات هذا الكتب أنهما إذا تصادقا على ما ادعيا فى هذه المسألة، ولم يقيما بينة أن القاضى يتعرض لهما إن شاء آجر ذلك النصف من شريكه الذى يريد الرجعة إلى بغداد، أو من رجل آخر على سبيل النظر، كما يفعل مثل هذا إذا أقاما البينة.

وذكر فى مسألة أول النوع أنهما إذا أجمعا على شىء، فالقاضى يتركهما وما أجمعا عليه، ولا يتعرض لهما، وليس فى المسألة روايتان، لكن ما ذكر فى مسألة أول النوع جواب القياس، وما ذكر ههنا جواب الاستحسان، وهذا لأن تصادقهما، والدابة فى أيديهما بمنزلة إقامة البينة، ولو أقاما البينة، القياس أن لايتعرض لهما، وفى الاستحسان إن فعل ذلك كان أحسن وأفضل، وإذا كان فصل البينة على القياس والاستحسان، فكذا فصل التصادق، ثم لم يذكر فى الكتاب أنه إذا لم يجد من من يكترى ذلك النصف، هل له أن يودع ذلك النصف من الذى يريد الرجوع إلى بغداد، وذكر فى موضع آخر أنه إن شاء فعل ذلك، فيكون النصف فى يده بالوديعة، والنصف الآخر بالإجارة، فيركب يومًا ويترك يومًا، وهذا الإطلاق على قولهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: إجارة النصف من رجل آخر لا تجوز لمكان الشيوع.

١٣٩٧٠-ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل دفع إلى قصّار ثوبًا ليقصره له بدرهم، فقال القصار: هذ ثوبك، وقد قصرته بدرهم كما أمرتنى، وقال دافع الثوب: ليس هذا ثوبى، وثوبى غير هذا، فالقول قول القصّار: إن هذا ثوبه، ولايضمن بقول

الدافع، والقول قول دافع الثوب فيما ادعى عليه القصّار من الأجر، ولا أجر للقصار، أما القول قول القصار فى أن هذا ثوبه؛ لأن هذا اختلاف فى تعين المقبوض، والقول قول القابض فى تعين المقبوض، ولا أجر للقصار؛ لأن الأجر إنما يستحق بإقامة العمل فى المحل المأذون فيه، وقد اختلفا فيه، وإن قال رب الثوب: هذا ثوبى، ولم آمرك أن تقصره، والذى دفعت إليك لتقصر غير هذا، فإنه يأخذ هذا الثوب ولا أجر عليه.

قال: ولو كان هذا فى القطع والخياطة، لم يأخذه، ولكنه يضمن الخياط قيمته، ويتركه على الخياط إن شاء، ولم يثبت مثل هذا الخيار فى فصل القصار؛ لأن الخياط وجد منه نوع استهلاك، والقصار لم يوجد منه الاستهلاك أصلا.

هشام قال: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل دفع إلى قصّار ثوبًا ليقصره له بدرهم، فأعطاه القصار ثوبًا، وقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: ليس هذا ثوبى، فأخذه رب الثوب، ونواه[1] عوضًا عن ثوبه، قال: لا يسعه لبسه، أو قال: بيعه إلا أن يقول رب الثوب للقصار: أخذته عوضًا عن ثوبى، فيقول القصّار: نعم؛ لأن عند ذلك ينعقد بينهما مبادلة، ويصير هذا الثوب ملكًا للدافع بالمبادلة.

هشام قال: سألت محمدًا رحمه الله عن القصّار، ومن بمعناه إذا دفع إليهم الشىء بأجر إذا ادعى رد ذلك الشىء على الدافع، لا يصدق عليه إلا ببينة، وكذلك الأجير المشترك فى رعى البقر والغنم، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد رحمه الله، ومن يرى أن يد الأجير المشترك يد ضمان، أما من يرى أن يده يد أمانة، وهو أبو حنيفة رحمه الله يقول: يقبل قوله فى الرد كالمودع.

وكذلك إذا ادعى الموت، كان كما ادعى الرد، قال: ولو تكاراه على أن يحمل له مملوكًا، فادعى أنه مات، صدّق بلا بينة، وليس ولد آدم كالبهائم.

١٣٩٧١- ابن سماعة عن محمد رحمه الله: فى رجل آجر رجلا دارًا بعشرة دراهم، فاستحقها رجل ببينته، قامت له على الدار، وقال: كنت دفعتها إلى الآجر وامرأته أن يؤاجرها لى، فالأجرة لى، وقال الآجر: كنت غصبتها منه، وآجرتها، فالأجرة لى، فالقول قول رب الدار، ويأخذ الأجر؛ لأن الظاهر شاهد لرب الدار، فإن

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى بقية النسخ "ويراه".

الظاهر أن الإنسان يتصرف فى ملك الغير لذلك الغير .

وإن أقام الآجر بينة على ما ادعى من الغصب، لا تقبل بينته؛ لأنه بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق، والبينات شرعت للإثبات لا للإبطال .

وإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغصب، قبلت بينته، وكانت الأجرة له؛ لأنه بهذه البينة لا يبطل حق المستحق، إنما ثبت إقراره بالغصب، ثم إذا ثبت الغصب ترتب عليه حكم الأجرة، ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله فى "المنتقى" عين هذه المسألة فى الدابة برواية هشام عن محمد رحمه الله، وذكر الجوب فيها على نحو ما ذكرنا فى مسألة الدار .

١٣٩٧٢-ولو كان الآجر بنى فى الأرض بناء، ثم آجرها مبنية، فقال رب الأرض: أمرتك أن تبنى وتؤاجر، وقال الآجر: غصبتك، وبنيتها وآجرتها، قال: يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية، وعلى البناء، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء، فهو للغاصب؛ لأن فى البناء الظاهر شاهد للغاصب؛ لأن البناء فى يده .

١٣٩٧٣-إبراهيم وهشام عن محمد رحمه الله: فى رجل فى يده أرض زرعها، فقال رب الأرض: أمرتك أن تزرع، فزرعت بأمرى، وقال المزارع: غصبتها وزرعتها لنفسى، فالقول قول المزارع، يأخذ منه قدر بذره ونفقته، ويتصدق بالفضل، وهذا لأن المزارع زرعه ببذر كان فى يده، والزرع نماء ذلك البذر، فالظاهر كما يشهد له فى البذر، يشهد له فى نماءه، فيقبل قوله فيه .

١٣٩٧٤-وفى "فتاوى الفضلى": فيمن استأجر صبّاغًا بعضها مزروعة، وبعضها فارغة، قال: يجوز فى الفارغة دون المشغولة، وإذا اختلفا فالقول للمؤاجر، بخلاف البيع، فإن هناك القول لمن يدعى الصحة؛ لأن هناك اتفقا على أصل العقد، واختلفا فى وصف الصحة، أما ههنا المؤاجر ينكر العقد أصلا، قال القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى رحمه الله: ينبغى أن يحكم الحال إن كانت فارغة، فالقول للآجر، وإن لم يكن فللمستأجر .

وفى الدعوى من الفتاوى: أرسل صاحب الكرابيس إلى قصار رسولا ليسترد ثيابه

الأربع، فلما أتى به فإذا هو ثلاثة، قال القصّار: دفعت إليه أربعة، وقال الرسول: دفع إليّ ولم يعدّه، قال: يسأل صاحب الثياب، فأيهما صدّقه منهما برئ عن خصومته، وأيهما كذبه يحلفه، فإن حلف برئ، وإن أبى لزمه ما ادعاه، فإن صدّق القصار، وجب عليه أجر الثوب الرابع، وإن كذّبه، وحلف القصار، فللقصار على صاحب الثوب اليمين على الأجر، فإن حلف برئ عن الأجر بحصة الثوب الرابع، قاله أبو بكر رحمه الله.

١٣٩٧٥-استأجر من آخر دابة، وذهب إلى سمرقند، فجاء آخر، وادعاها لنفسه، ولم يصدقه أنه مستأجر استحق عليه، هل للآجر أن يرجع على بائعه؟ قيل: لا، أشار إليه في الباب الثاني من "الزيادات"، فإنه قال: جارية في يد عبد الله، فقال إبراهيم لمحمد: هذه الجاري بعتها منك، وسلمتها إليك، وقد غصبها منك عبد الله، وصدّقه محمد، فلإبراهيم أن يأخذ الثمن من محمد.

١٣٩٧٦-ولو استحق إنسان الجارية بالبينة من يد عبد الله، ليس لمحمد أن يرجع على إبراهيم؛ لأن في زعم البائع وهو إبراهيم، والمشتري وهو محمد، أن عبد الله غاصب، والغاصب لا ينتصب خصمًا في إثبات الاستحقاق عليه، فلم يثبت الاستحقاق في حقهما، فلا يرجع عليه.

فإن كان المدعي للدابة ادعى فعلا على الذي في يده الدابة، بأن قال: هذه الدابة ملكي غصبتها مني ينتصب هو خصمًا، ويسمع عليه البينة، ويكون للآجر حق الرجوع على بائعه إذا ادعى على آخر أني استأجرت هذه الدار التي في يديك من فلان بتاريخ كذا، قيل: أن تستأجرها أنت، هل ينتصب صاحب اليد خصمًا للمدعي في حق إثبات الإجارة عليه، حتى لو أقام بينة على الإجارة، هل تسمع بينته، فهذا على وجهين: إن ادعى المدعي على صاحب اليد فعلا، بأن قال: استأجرت هذه الدار من فلان، وقبضتها، فأخذتها مني بغير حق، أو غصبتها، متى تسمع بينته، وأما إذا قال: استأجرت من فلان قبل أن تستأجر أنت، وقد سلم إليه، ولم يدّع عليه، فعلا، لا تسمع بينته؛ لأن المستأجر لا ينتصب خصمًا، لا في إثبات الملك المطلق، ولا في إثبات الإجارة عليه إلا بدعوى الفعل عليه، ويشترط دعوى فعل موجب للرد لا دعوى الفعل المطلق، ألا ترى

أنه لو قال: الفعل المدعى هذه الدار ملكى، اشتريته من الذى آجرها منك، لا ينتصب هو خصمًا للمدعى، وهو نظير مسألة الوديعة إذا ادعى رجل الوديعة، وادعى أنه اشتراها من المودع، لاينتصب المودع خصمًا له، بخلاف ما إذ ادعى الوراثة، وقد ذكرنا قبل هذا فى مثل هذه المسألة، أن المستأجر ينتصب خصمًا لمن يدعى الاستئجار قبله على قول الشيخ الإمام الزاهد على البزدوى رحمه الله والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله من غير تفصيل، ولا ينتصب خصمًا على ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله من غير تفصيل -والله أعلم بالصواب-.

فهرس المحتويات